

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

DES DIFFÉRENTS MODES D'EXTINCTION
DE
L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
DE LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

sera soutenu le Samedi 24 Décembre à 3 h. 1/2.

PAR

CAMILLE PINEAU

Avocat

Président : M. LAISNÉ DES HAYES, professeur.

Suffragants { *MM. GUILLOUARD, professeur.*
ASTOUL, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE et FORCEL**

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1898



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

- Année scolaire 1893-1899.

DOYEN :

M. Edmond Villey (*, I. 1), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

- MM. Toutain (*, I. 1), professeur de *Droit administratif*.
Danjon (I. 1), professeur de *Droit commercial* et de *Droit maritime*.
Edmond Villey (*, I. 1), professeur d'*Economie politique*, chargé du cours de *Droit constitutionnel comparé* (Doctorat).
Laisné des Hayes (O, A. 1), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Code civil*.
Guillouard (*, I. 1, C. 2), professeur de *Code civil*.
Lebret (I. 1), professeur de *Code civil* (député du Calvados, ministre de la Justice).
Cabouat (I. 1), professeur de *Droit international public et privé*, et de *Législation industrielle*.
Marie (I. 1), assesseur du doyen, professeur de *Droit criminel*, et chargé du cours sur la *Coutume de Normandie*.
Ambroise Colin (I. 1), professeur de *Code civil*, et chargé du cours d'*Histoire du droit français* (Doctorat).
Biville (A. 1), professeur de *Procédure civile*, et chargé du cours d'*Histoire générale du droit français* (Licence).

AGRÉGÉS :

- MM. Debray, chargé d'un cours de *Droit romain* (en congé).
René Worms (A. 1), chargé des cours d'*Histoire des Doctrines économiques* et d'*Economie politique* (Doctorat).
Le Fur, chargé des cours d'*Histoire du Droit public français* et d'*Eléments du Droit constitutionnel*.
Astoul, chargé d'un cours de *Droit romain* et du cours de *Pandectes*.
Sumien, docteur en droit, chargé d'un cours de *Droit romain*.

SECRÉTAIRE :

- M. Gillet (I. 1), secrétaire du Conseil de l'Université de Caen.

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

DES DIFFÉRENTS MODES D'EXTINCTION
DE
L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
DE LA FEMME MARIÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

sera soutenu le Samedi 24 Décembre à 3 h. 1/2.



PAR

CAMILLE PINEAU

Avocat

Président : M. LAISNÉ DES HAYES, professeur.
Suffragants { *MM. GUILLOUARD, professeur.*
 ASTOUL, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE et FORCEL**

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1898

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

Aubry et Rau. — Cours de droit civil.

Baudry-Lacantinerie. — Précis de droit civil.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — Traité de droit civil.

Berthauld. — Traité théorique et pratique de la purge des privilèges et hypothèques.

Dalloz.

Dalmbert. — Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme.

Louis Didier. — Etude sur la loi du 13 février 1889.

DOCUMENTS PARLEMENTAIRES.

Guillouard. — Traité des privilèges et hypothèques.

JOURNAL DU PALAIS.

NOTES SOUS ARRÊTS.

Paul Pont. — Explication théorique et pratique du Code civil.

REVUE CRITIQUE de législation et de jurisprudence.

Sirey.

Wable. — Traité théorique et pratique des renonciations par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur.

INTRODUCTION

L'hypothèque légale de la femme mariée nous vient du droit romain.

La protection accordée à la femme fut d'abord un simple *privilegium inter personales actiones*. Justinien le transforma en une hypothèque tacite assurant la restitution de la dot et, un peu plus tard, il étendit cette garantie à toutes les créances de la femme contre son mari.

Enfin la Constitution *Assiduis* en fit une hypothèque privilégiée primant tous les créanciers du mari même antérieurs au mariage.

Dans notre ancien droit, cette hypothèque cesse d'être privilégiée et elle n'est plus rétroactive, sauf dans le ressort du parlement de Toulouse où la loi *assiduis* conserve ses effets. Elle n'était du reste plus nécessaire que pour la femme mariée sans contrat, car les autres avaient hypothèque en vertu de leur contrat, la jurisprudence d'alors admettant que tous les actes authentiques entraînaient hypothèque générale sur les biens du débiteur. Il en résultait que toutes les créances de la femme étaient garanties par cette hypothèque, née du contrat, qui remontait dans ses effets au jour où avait été passé ce dernier et non au jour du mariage.

La loi du 9 messidor an III supprime toute hypothèque tacite et par conséquent celle de la femme.

La loi du 11 brumaire an VII rétablit l'hypothèque de la femme, mais ne l'admet pas tacite. Elle lui reconnaît la généralité, mais ne lui accorde son effet que du jour de l'inscription. Toutefois, cette inscription était incomplète puisqu'elle ne contenait ni la désignation des biens, ni le chiffre de la créance.

D'après le Code civil, l'hypothèque ne se rattache plus au contrat de mariage ; elle a, dans tous les cas, pour cause la volonté du législateur. Elle résulte du seul fait du mariage et est générale et tacite. L'hypothèque légale de la femme mariée existe indépendamment de toute inscription. C'est une exception au principe de la publicité. Cette exception se justifie par deux motifs : l'équité et, en général, le peu d'utilité qu'offrirait l'inscription.

Par l'équité, car il ne serait pas juste de faire supporter à la femme la négligence de son mari, négligence souvent intéressée. « L'équité, disait au Conseil d'Etat le « premier consul, ne permet pas qu'on reporte sur la « femme mariée, sur le mineur ou l'interdit, les suites « d'une négligence qu'il n'est pas en leurs pouvoirs d'em- « pêcher ». — Quant au peu d'utilité de l'inscription, elle résulte de ce que l'existence du mariage est assez facilement connue des tiers. Toutefois, la loi du 23 mars 1855 est venue réduire cette dispense de publicité en obligeant la femme à prendre inscription dans l'année

qui suit la dissolution du mariage, sous peine de perdre son rang.

Le législateur, en accordant à la femme une hypothèque légale, a pris en considération l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de stipuler des garanties pour les créances qu'elle peut acquérir contre son mari.

Avant le mariage, une condition de cette nature imposée au futur mari dans le contrat serait parfois suffisante pour empêcher le mariage.

Quant à la femme placée par le mariage sous la domination du mari, elle n'aurait pas toujours la force morale nécessaire pour exiger des garanties.

Le plus grand inconvénient de l'hypothèque légale de la femme mariée n'est pas la dispense d'inscription, mais l'impossibilité dans laquelle se trouvent les tiers de parvenir à connaître l'étendue des créances qu'elle garantit.

Mariages qui donnent naissance à l'hypothèque légale.

L'article 2121 du Code civil dit : « Les droits et créances
« auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont : ceux
« des femmes mariées sur les biens de leur mari ».

Done dès qu'il y a mariage, la femme a une hypothèque sur les biens de son mari, qu'il y ait ou non un contrat, car l'hypothèque résulte de la loi et non d'une convention. Elle existe même au cas d'un mariage putatif. Un mariage nul donne naissance à ce droit et la femme, si elle

a contracté ce mariage de bonne foi, doit pouvoir en profiter.

Quant à la femme étrangère, l'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France lui est accordée par un certain nombre d'auteurs, mais la question reste discutée et la jurisprudence l'admet seulement lorsque la femme a en France la jouissance des droits civils ou lorsqu'un traité est intervenu avec le pays auquel elle appartient.

Créances garanties par l'hypothèque légale.

Toutes les créances que la femme peut avoir contre son mari sont garanties par l'hypothèque légale. « Les « droits et créances auxquels l'hypothèque légale est « attribuée sont : ceux des femmes mariées sur les biens « de leur mari ». (C. c. 2121).

Les principales créances que garantit l'hypothèque légale sont énumérées dans l'article 2135. Il ne faudrait cependant pas voir dans cet article une énumération limitative. Cet article s'occupe de déterminer le rang des créances, les plus importantes, mais son silence ne signifie pas que les autres créances ne sont pas garanties par l'hypothèque légale.

Bien que certains auteurs aient cherché à limiter l'étendue de cette dernière, et à faire des distinctions, il est certains que « la loi a voulu garantir toutes les créances

« qui naissent au profit d'une femme mariée contre son
« mari » (1).

Les expressions de l'article 2121 « très étendues par
« elles-mêmes, doivent être interprétées dans le sens le
« plus large, et il faut reconnaître à la femme une hypo-
« thèque pour toutes les créances qu'elle peut avoir
« contre son mari en sa qualité de mari quels qu'en
« soient les causes, l'origine, et le titre, qu'elles soient
« liquides ou non » (2).

Biens grevés de l'hypothèque légale.

Cette hypothèque est générale quant aux biens sur
lesquels elle porte. « Le créancier qui a une hypothèque
« légale peut exercer son droit sur tous les immeubles
« appartenant à son débiteur, et sur ceux qui pourront
« lui appartenir dans la suite sous les modifications qui
« seront ci-après exprimées » (C. c. 2122).

Le montant des créances que la femme pourra avoir
contre son mari ne peut être déterminé à l'avance : on ne
peut en conséquence fixer la valeur des immeubles à affec-
ter en garantie à ces créances : Le législateur a donc
décidé que cette hypothèque porterait sur tous les im-
meubles présents et à venir du mari.

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes.

2. Guillouard. *Traité des privilèges et hypothèques*, t. II, p. 256.

Celle-ci porte sur tous les biens qui passent dans le patrimoine du mari, depuis le jour du mariage jusqu'à la liquidation ou le règlement de compte entre la femme créancière et son mari ; elle peut donc comprendre des biens acquis même après la dissolution du mariage.

Les biens acquis par le mari sous condition suspensive ou résolutoire donnent à la femme une hypothèque soumise aux mêmes modalités. Il y a cependant deux exceptions à cette règle en ce qui concerne la condition résolutoire.

La première est contenue dans l'art. 952 du Code civil qui traite du retour conventionnel. Lorsque le retour s'accomplit, les biens donnés reviennent au donateur francs et quittes de toutes charges et hypothèques, « sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques. »

Donc, pour que l'hypothèque légale de la femme soit maintenue, il faut trois conditions : donation par contrat de mariage — créance de dot ou conventions matrimoniales — insuffisance des autres biens de l'époux donataire.

La deuxième exception est prévue par l'art. 1054 du Code civil. Lorsque des biens sont donnés ou légués à un mari sous charge de substitution, ces biens doivent par-

venir à l'appelé francs et quittes de toute charge ou hypothèque du chef du grevé. L'art. 1034 permet au donateur ou testateur de décider que la femme du grevé aura un recours sur les biens grevés de substitution. Toutefois, ce recours ne peut garantir que le capital des deniers dotaux — il n'est que subsidiaire et la femme doit d'abord discuter les biens libres du mari.

L'hypothèque légale porte-t-elle sur les conquêts de communauté? Le mari, comme chef de la communauté, peut grever les immeubles communs, mais la femme est en quelque sorte co-propriétaire. Il s'agit donc de savoir si on peut avoir hypothèque sur ses propres biens.

Si la femme renonce à la communauté, elle a évidemment hypothèque, puisque la renonciation a pour effet de faire considérer ces biens comme ayant toujours appartenu au mari.

Si la femme accepte la communauté, une partie des biens tombera dans son lot et l'autre partie dans le lot de son mari. Elle aura certainement hypothèque sur ces derniers. Quant aux autres, l'hypothèque légale ne les atteindra pas, puisqu'ils ne sont pas biens du mari.

Mais qu'arrivera-t-il si les conquêts ont été aliénés?

La femme renonçante conservera son hypothèque sur ces biens qui, dans l'espèce, auront toujours appartenu au mari, jamais à la femme.

Dans l'hypothèse contraire, l'acceptation de la femme aura pour résultat de fixer sur sa tête la qualité de com-

mune en biens. Donc, les actes accomplis par son mari dans la limite de ses pouvoirs seront censés accomplis par elle-même comme si elle y avait personnellement figuré. Elle ne peut donc avoir hypothèque sur les biens aliénés. C'est la solution généralement admise dans la doctrine et la jurisprudence : le mari est administrateur, il a tous les droits, donc la femme acceptante doit supporter la conséquence des actes de son mari.

Après ce rapide exposé des sources de l'hypothèque légale de la femme et de ses conséquences, nous allons voir quels sont les modes d'extinction qui leur sont propres.

Nous traiterons, dans un chapitre premier, de la restriction et de la réduction. Dans un chapitre second, nous nous appesantirons sur les délicates questions relatives à la cession et à la renonciation. Enfin, dans un troisième et dernier chapitre, nous passerons en revue quelques autres modes d'extinction, tels que la purge, la compensation, la novation et la faillite.

CHAPITRE PREMIER

DE LA RESTRICTION ET DE LA RÉDUCTION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

L'hypothèque légale de la femme est générale. Elle frappe tous les immeubles du mari pour des créances indéterminées. Cette garantie, souvent exagérée, est fort gênante pour le crédit du mari. Aussi le législateur a-t-il prévu le cas et admis certains tempéraments. C'est l'objet de la restriction et de la réduction.

1° *Restriction*. — L'art. 2140 du Code civil dit : « Lors-
« que, dans le contrat de mariage, les parties majeures
« sont convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur
« un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui
« ne seraient pas indiqués pour l'inscription resteront
« libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la
« femme et pour ses reprises et conventions matrimo-
« niales. Il ne pourra pas être convenu qu'il ne sera pris
« aucune inscription. »

Donc, au moment du mariage, il est loisible aux époux de faire une convention tendant à limiter l'étendue de l'hypothèque. Mais il faut que cette convention soit

contenue dans le contrat de mariage ; il faut de plus que les parties soient majeures et enfin on ne doit pas supprimer toute garantie en décidant qu'il ne sera pris aucune inscription. Il faut enfin que la femme soit majeure ; il ne serait pas suffisant qu'elle soit assistée conformément à l'art. 1398.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes constatent que cette solution ne satisfait guère la raison. « La femme
« mineure peut consentir dans son contrat de mariage
« toutes les conventions que pourrait consentir un ma-
« jeur sous la seule condition d'être assistée des per-
« sonnes que désigne l'art. 1398. Avec cette assistance,
« elle peut même donner tous ses biens à son futur époux
« dans les limites de la quotité disponible. Pourquoi ne
« peut-elle pas, dans les mêmes conditions, consentir à
« la restriction de son hypothèque légale ? » (1).

La restriction est possible même lorsque les époux adoptent le régime dotal, car cette convention a lieu à une époque où la dot n'est pas encore inaliénable.

L'hypothèque légale de la femme est établie dans un intérêt d'ordre public ; les époux ne peuvent donc la modifier en l'absence d'un texte. Ils ne pourraient donc convenir de la transformer pendant le mariage par une nouvelle convention. Une pareille réserve, qui imprimerait à l'hypothèque légale de la femme un caractère incertain et en livrerait le sort à la discrétion des époux pen-

1. *Traité de droit civil. Nantissement*, t. II, n° 1018.

dant le mariage, constituerait de leur part une véritable usurpation de pouvoir vis-à-vis de la loi (1).

Mais, si les époux conviennent en même temps de restreindre leur hypothèque et d'en changer l'assiette au besoin pendant le mariage, quel sera le sort d'une pareille convention ?

La nullité ne frappe-t-elle que la réserve de transporter l'hypothèque légale des immeubles qui lui sont affectés à d'autres immeubles, en laissant subsister la convention principale de réduction ou au contraire frappe-t-elle la classe tout entière en ayant pour effet de faire considérer la réduction comme non avenue ? M. Pont se prononce pour la nullité de toute la convention parce que, selon lui, la réserve ajoutée à la convention de réduction serait inséparable de celle-ci dont elle formerait la condition essentielle (2).

Nous préférons la solution de MM. Aubry et Rau qui ne frappe de nullité que la réserve de modifications ultérieures. Il y a en effet dans la convention deux parties distinctes ; à moins toutefois que les parties n'en aient établi elles-mêmes l'indivisibilité : l'une par laquelle les époux déclarent réduire leur hypothèque — l'autre, par laquelle ils se réservent d'en modifier l'assiette. Or, cette dernière réserve n'est ni une condition, ni une modification au consentement donné par la femme à la restriction,

1. Aubry et Rau, 264 *ter*, note 46.

2 Pont, n° 548

et la nullité de cette réserve ne doit pas avoir pour conséquence d'entraîner la nullité de la restriction et de faire revivre au préjudice des tiers acquéreurs ou des créanciers l'hypothèque légale sur les biens qui en avaient été affranchis (1).

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes constatent que cette solution expose la femme à certains dangers. En effet cette dernière usant de la réserve qui lui permet de modifier l'assiette de son hypothèque, affranchit les immeubles sur lesquels était cantonnée son hypothèque légale et la transfère sur des immeubles nouvellement acquis par le mari. Le mari aliène les immeubles affranchis et l'acquéreur procède à la purge des hypothèques non inscrites. Si la femme n'a pas fait inscrire son hypothèque elle perd tous ses droits. Elle n'a pas acquis de cause de préférence sur les nouveaux immeubles du mari.

Malgré cette objection très pressante, ils concluent à ne pas annuler la convention pour le tout car le danger que court la femme ne résulte pas de la convention, mais du silence qu'elle a gardé dans la procédure de purge (2).

2° *Réduction*. — Nous avons vu que la restriction était une simple convention matrimoniale, la réduction exige au contraire l'accomplissement de formalités compliquées indiquées dans les articles 2144 et 2145.

1. Aubry et Rau, 264 *ter*, note 46.

2. *Traité de droit civil*. — Nantissement n° 1024.

« Pourra pareillement le mari, du consentement de
« la femme et après avoir pris l'avis des quatre plus
« proches parents d'icelle, réunis en assemblée de
« famille, demander que l'hypothèque générale sur tous
« ses immeubles, pour raison de la dot, des reprises et
« conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeu-
« bles suffisants pour la conservation entière des droits
« de la femme » (C. c. 2144).

« Les jugements sur les demandes des maris et des
« tuteurs ne seront entendus qu'après avoir entendu le
« procureur du roi et contradictoirement avec lui. —
« Dans le cas où le tribunal prononcera la réduction de
« l'hypothèque à certains immeubles, les inscriptions
« prises sur tous les autres seront rayées » (C. c. 2145).

En résumé, cinq conditions sont nécessaires. Trois sont
contenues dans les articles précités :

1° Consentement de la femme ;

2° Avis des quatre plus proches parents d'icelle, réunis
en assemblée de famille ;

3° Jugement rendu contradictoirement avec le procureur
du roi.

La quatrième condition à savoir « que la valeur des
immeubles du mari dépasse notoirement les créances de
la femme » résulte du rapprochement des articles 2143
et 2144. Ce dernier article dit en effet « pourra pareille-
ment... »

Enfin il faut encore que l'hypothèque n'ait pas été res-
treinte par le contrat de mariage. En effet l'hypothèque

ainsi réduite devient une sorte d'hypothèque conventionnelle, non par sa création, mais par son objet et par son effet : elle s'est trouvée en quelque sorte spécialisée. Il faut donc la soumettre à la disposition finale de l'article 2161 du Code civil. Cet article après avoir dit que, quand les inscriptions porteront sur plus de domaines qu'il n'est nécessaire, l'action en réduction sera ouverte au débiteur, ajoute : « La disposition du présent article ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles ».

Mais nous devons revenir sur les trois premières conditions précédemment exprimées.

En ce qui concerne le consentement de la femme, nous nous trouvons en face d'une condition nécessaire : l'article 2144 l'exige formellement. Quelques auteurs enseignent que les tribunaux peuvent sur la demande du mari et malgré le refus de la femme ordonner que l'hypothèque sera réduite (1). La femme, disent-ils, n'est pas maîtresse absolue de son hypothèque ; si la loi lui accorde une hypothèque générale sur les biens de son débiteur pour garantir ses créances, le but qu'elle poursuit est cette garantie seulement ; elle n'entend pas paralyser inutilement tous les biens du débiteur et le mettre dans l'impossibilité absolue de contracter.

Aussi, voient-ils dans l'article 3161, une disposition générale, applicable à toutes les hypothèques portant sur

1. Duranton, t. XX, n° 208. — Taulier, t. VII, 321. Paris : 16 juillet 1843. Sir. 44, 2, 233. Nancy : 26 août 1825. Sir. 26, 2, 149.

tous les immeubles du débiteur, et obligeant à subir l'action en réduction ou en radiation de ce qui excède la proportion nécessaire. Or, ajoutent-ils, rien dans l'article 2144 n'énonce que, dans le cas où la femme refuserait son consentement, le mari n'aurait aucun droit d'exercer l'action en réduction.

Cette théorie nous semble très contestable. L'article 2161 s'occupe des hypothèques générales autres que les hypothèques légales qui sont régies par les articles 2140 et 2141 ou par les articles 2143 et 2144, suivant qu'il s'agit de réduire l'hypothèque avant le mariage ou pendant le mariage. Le tribunal de la Seine, dans un jugement confirmé par la cour de Paris, a dit que l'article 2161 ne dispose que pour les cas où le débiteur demande la réduction d'une hypothèque purement judiciaire (1).

Nous dirons donc, avec M. Pont, que l'article 2161 est spécial aussi bien que l'article 2144 ; chacun d'eux contient des règles différentes pour des cas distincts. L'article 2144 exige le consentement de la femme et il semble bien résulter de la précision du texte que c'est une condition nécessaire. La loi a posé pour l'hypothèque légale de la femme le principe de la généralité. Sans doute elle peut y renoncer en se conformant aux règles imposées par la loi, mais cette garantie a été établie en sa faveur et on ne conçoit pas comment on pourrait la lui enlever, la lui arracher malgré elle. Son consentement est nécessaire,

1. Paris 31 mai 1851. Sirey, 51, 2, 357.

car si la généralité résulte de la loi, la spécialisation au contraire ne peut procéder que de la convention.

Une deuxième condition exigée est : « l'avis des quatre « plus proches parents d'icelle, réunis en assemblée de « famille ». — Lorsque les plus proches parents ne se trouvent pas à proximité peut-on, comme pour le conseil de famille des mineurs (C. c. 409) avoir recours à des parents d'un degré plus éloigné ou même à des amis ? Un arrêt de la Cour de Grenoble (1) a tranché la question dans ce sens afin de rendre la réunion du Conseil plus facile. Cette décision est contraire, non seulement au texte, mais aussi à l'intention du législateur. En effet, le consul Cambacérès, répondant à un amendement tendant à admettre les plus proches parents dans un rayon donné, disait que ce serait faire dégénérer la disposition de l'article en pure formalité, qu'alors on composerait l'assemblée de personnes indifférentes, et que rien n'attacherait aux intérêts des parties. M. Pont fait d'ailleurs remarquer que cette dérogation est parfaitement justifiée, car la demande formée par le mari peut, sans inconvénient sérieux, souffrir les retards qu'entraîne l'éloignement des parents.

Il est bien entendu que ce qu'on demande aux parents, c'est un simple avis, qui peut être opposé à la demande de restriction, et non pas leur assentiment.

Le tribunal peut s'inspirer de cet avis ou n'en pas tenir

1. 18 janvier 1833. Sirey 33, 2, 457.

compte ; il ne s'agit pas là d'un jugement d'homologation.

Enfin la demande est formée contre le ministère public qui est partie principale. Le Procureur de la République pourrait donc faire appel de ce jugement.

Bien que les immeubles grevés puissent être situés dans des arrondissements différents, le tribunal compétent sera celui du domicile du mari : il semble mieux que tout autre capable de juger de l'utilité de la réduction (1).

Les termes absolus de l'art. 2.144 du Code civil ne semblent pas permettre que la réduction une fois accordée puisse un jour être révoquée. Si les droits de reprise de la femme se trouvaient menacés, cette dernière aurait la ressource de la séparation de biens.

Le Code civil, en fixant les conditions de la réduction de l'hypothèque légale n'a établi nulle part qu'elle pût être obtenue une fois seulement. Si cette dernière solution est la plus fréquente, il ne s'ensuit pas que, la situation du mari s'étant modifiée, on ne puisse procéder à une nouvelle réduction.

La seule limitation qu'on puisse apposer à cette sorte de réduction résulte de l'article 2.144 du Code civil. Il faut que l'hypothèque repose sur des immeubles suffisants pour assurer la conservation entière des droits de la femme. Donc, soit par une seule réduction, soit par

1. Pont, *op. cit.*, t. X, n. 562.

deux réductions successives, on ne pourrait arriver à supprimer l'hypothèque légale de la femme car « les époux « ne peuvent valablement convenir que la femme n'aura « aucune hypothèque » (1).

La réduction obtenue sous les conditions que nous avons énumérées entraîne la radiation des inscriptions hypothécaires dont étaient frappés les immeubles libérés. Il en résulte que l'hypothèque perd son caractère de généralité, se spécialise et devient en quelque sorte conventionnelle. Ce caractère nouveau ressort nettement des termes de l'art. 2144 où il est question de restreindre l'hypothèque aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme.

On peut même en conclure que les immeubles acquis ultérieurement par le mari ne peuvent pas être grevés de l'hypothèque légale de la femme.

1. Baudry-Lacantinerie, *Préc. de Dr. civ.*, p. 831.

CHAPITRE II

DE LA SUBROGATION

Le législateur en accordant à la femme une hypothèque sur les biens de son mari, lui a permis de restreindre cette protection avant le mariage par convention matrimoniale. Il a même permis de la réduire pendant le mariage, mais alors avec un certain nombre de formalités destinées à protéger la femme contre une influence capable de nuire à ses intérêts.

S'il n'est pas fait usage d'un de ces deux moyens, le crédit du mari se trouve notablement diminué. La femme peut-elle rassurer les tiers qui veulent acquérir des droits sur les immeubles de son mari en renonçant à son hypothèque légale ?

Le Code civil étant muet à cet égard, deux opinions pouvaient se soutenir

Les uns disaient, que cette garantie étant d'ordre public on ne pouvait y renoncer en dehors des cas prévus par la loi et sans se soumettre aux formalités légales. Était-il admissible que la femme puisse subroger un tiers dans ses droits avec la seule autorisation de son mari alors que l'article 2144 soumettait à un si grand nombre

de formalités la réduction de l'hypothèque légale ? Le mari n'est-il pas souvent le principal intéressé à l'acte qu'il demande à sa femme ?

D'autres soutenaient que la loi ne prohibait pas la subrogation en faveur d'un tiers. On faisait remarquer que, si en créant l'hypothèque légale, le législateur a entendu protéger la femme contre son mari, il n'a cependant pas voulu lui imposer cette protection. C'est une faveur accordée à la femme pour la garantir contre la mauvaise administration de son mari. Il ne faut pas que cette faveur, cette protection ait pour conséquence de nuire aux époux. Il serait déraisonnable d'empêcher de renoncer à une faveur qui devient nuisible. Quand le mari doit seul profiter de la renonciation à des garanties accordées par des considérations d'ordre public, la loi prescrit des formalités de nature à contrebalancer l'autorité du mari ; mais pourquoi, lorsqu'il s'agit du crédit des époux, c'est-à-dire de leur intérêt, empêcher la femme de renoncer en faveur d'un tiers ? Quand la femme peut aliéner ses biens même à titre gratuit pourquoi ne pourrait-elle pas aliéner son hypothèque ?

Cette seconde opinion l'emporta : on admit la légitimité de la subrogation ; mais il n'y avait pas de règles, aucune publicité n'était requise, et le subrogé ne se trouvait jamais absolument rassuré. Il était en effet toujours exposé à voir son droit anéanti par une subrogation antérieure à la sienne.

Au commencement du siècle, les fortunes mobilières

étaient encore rares ; l'activité industrielle très limitée ne faisait que dans une très petite mesure appel aux capitaux. Mais la transformation économique a pris une marche très rapide ; le besoin de capitaux est devenu impérieux, car il faut de gros capitaux pour exploiter ces grands établissements industriels qui seuls peuvent résister aux difficultés de la concurrence.

Autrefois on cherchait à acquérir de la terre ; on était riche quand on était grand propriétaire foncier. Maintenant on est riche surtout quand on a un grand crédit qui met à votre disposition d'immenses capitaux. Cette modification dans l'état des fortunes a appelé l'intervention du législateur. On voit d'abord paraître le décret du 28 février 1852 qui, en accordant un régime de faveur à la société du Crédit foncier, permet aux propriétaires de donner plus facilement leurs immeubles en gage, d'augmenter leur crédit et par suite de trouver plus facilement de l'argent pour améliorer, exploiter leurs terres et en tirer un meilleur revenu. Pour la première fois dans nos lois, il y est question de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Peu après, avec ce besoin de crédit, les transactions sur l'hypothèque légale de la femme mariée deviennent plus fréquentes. Alors l'article 9 trouve sa place dans la loi du 23 mars 1855. Enfin la loi du 13 février 1889 vient trancher quelques controverses soulevées par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855.

Aux termes du décret du 28 février 1852 (article 8).

« nul prêt ne peut être réalisé qu'après l'accomplisse-
« ment des formalités prescrites par le titre IV du pré-
« sent décret pour purger : 1^o les hypothèques légales,
« sauf le cas de subrogation pour la femme à cette hypo-
« thèque... »

Et l'article 20 du titre IV est ainsi conçu : « Lorsque la
« femme mariée est présente au contrat de prêt, elle
« peut, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, con-
« sentir une subrogation à son hypothèque légale jus-
« qu'à concurrence du montant du prêt. Si elle ne
« consent pas cette subrogation et sous quelque régime
« que le mariage ait été contracté, le notaire l'avertit
« que, pour conserver vis-à-vis de la société le rang de
« son hypothèque légale, elle est tenue de la faire ins-
« crire dans le délai de quinzaine. L'acte fait mention
« de cet avertissement sous peine de nullité. »

Il était donc admis que, lorsqu'il s'agissait d'une garan-
tie hypothécaire consentie au Crédit Foncier, la femme
perdait ses droits, sans que les formalités ordinaires de
la purge aient été accomplies.

En 1855, le législateur étend le principe et reconnaît
que la femme peut céder son hypothèque ou y renoncer,
car il indique les formalités à remplir : « Dans le cas où
« les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y
« renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être
« faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en
« sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de
« cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention

« de la subrogation en marge de l'inscription préexistante » (L. 23 mars 1855, art. 9).

Le législateur exigeait un acte authentique et en outre la publicité au moyen d'une inscription sur le registre du conservateur des hypothèques. Mais ces règles devaient-elles s'appliquer aux renonciations qui se bornaient à éteindre le droit hypothécaire de la femme et à celles qui, tout en éteignant ce droit, en transféraient en même temps tous les effets à un tiers, en un mot à toutes les renonciations aussi bien extinctives que translatives ?

De grandes controverses s'étant élevées, de nombreuses pétitions furent adressées aux pouvoirs publics. En 1862, le notariat demandait au Sénat une interprétation législative. La pétition fut rejetée par la Commission, d'après les conclusions du rapporteur, M. de Casabianca, déclarant « qu'il n'était nullement nécessaire de provoquer une loi nouvelle pour modifier une loi récente dont la saine interprétation devait remédier aux inconvénients signalés. »

Les pétitionnaires ne se découragèrent point et enfin, le 26 novembre 1881, M. Cazot, ministre de la justice, dépose un projet de loi. Repris par M. Brisson et déposé de nouveau, après avoir subi quelques modifications, il est adopté le 27 mai 1886 par la Chambre des députés, et devient la loi du 13 février 1889.

Après avoir fait un rapide exposé des motifs qui, dans le silence de la loi, ont fait admettre la possibilité pour la femme de renoncer à son hypothèque légale ou de la

céder, nous devons étudier les différentes formes que peut revêtir cet abandon de droits en faveur d'un tiers.

Cession.

Pour le cessionnaire, l'opération n'est jamais qu'une subrogation. Pour la femme, au contraire, elle peut se présenter sous trois aspects différents. Il est bon de noter que pour bien déterminer le caractère de la cession, il faut chercher l'intention des parties et pour cela s'attacher aux termes employés dans la convention.

Première forme : Cession de l'hypothèque légale détachée de la créance. — Celui en faveur duquel a été faite cette cession exerce les droits de la femme pour obtenir le paiement de sa créance. Quant à la femme, elle reste créancière de son mari, mais elle prend la place du créancier auquel elle a cédé ses droits, car au moment même de la subrogation, elle devient créancière de son mari, pour indemnité du préjudice que lui cause la subrogation. Il s'opère une sorte de novation dans son droit d'hypothèque.

Les auteurs sont très divisés sur la nature de cet acte.

Pour M. Gauthier, la subrogation se réduirait de la part de la femme à un consentement d'antériorité ou à une renonciation à son droit d'hypothèque, en faveur seulement du créancier avec lequel elle contracte, et au préjudice duquel elle ne peut plus le faire valoir. En

effet, lorsque la femme abandonne son droit en vue de favoriser un créancier déterminé, pourquoi renoncerait-elle totalement à son hypothèque? Pourvu que cette renonciation ait pour effet de l'empêcher d'invoquer son droit toutes les fois que son action aurait pour conséquence de nuire à son cessionnaire, c'est tout ce qu'on peut lui demander. Prenons un exemple : supposons un bien du mari grevé de trois hypothèques successives ; la femme renonce à exercer son hypothèque à l'encontre du troisième créancier hypothécaire inscrit. Quel est l'effet de cette renonciation? La femme ne pourra pas se prévaloir de son hypothèque toutes les fois que son intervention aura pour effet de nuire au troisième créancier hypothécaire. Donc, si le prix de l'immeuble est absorbé par les deux premiers créanciers inscrits, elle pourra invoquer son hypothèque car le troisième, ne venant pas en ordre utile, n'aura pas à souffrir de l'action de la femme. Au contraire, elle ne pourrait pas agir si le prix n'étant pas absorbé par les deux premiers créanciers le troisième arrivait en rang utile, car sa réclamation la ferait passer avant les deux premiers et aurait pour conséquence d'empêcher le troisième d'arriver utilement.

Cette opinion ne nous semble pas exacte, en ce sens que la femme transmet au créancier ses droits sur tous les immeubles du mari. Elle ne promet pas seulement de s'abstenir, elle donne en plus au cessionnaire le droit d'agir.

Dans un autre système, on se trouve en face d'une

cession de créance. Il faudrait alors remplir les formalités de l'article 1690. Comment appliquer ce système sous le régime de communauté d'après lequel chaque époux n'est débiteur ou créancier que du solde des récompenses ? Puis, le transport est une vente, et ici il n'y a pas de vente car il n'y a pas de prix.

MM. Aubry et Rau (1) voient dans cette cession une sorte de cautionnement réel ou de nantissement *sui generis* qui, sans investir le subrogé de la propriété soit de la créance du subrogeant, soit de l'hypothèque qui la garantit, l'autorise cependant à exercer, dans la mesure de sa propre créance, les droits hypothécaires que celui-ci pourrait lui-même faire valoir.

Cette opinion se fonde sur ce que la cession d'hypothèque n'est en réalité, et d'après l'intention des parties, qu'une convention de garantie : le cédant entend donner, et le cessionnaire recevoir une sûreté spéciale. On fait à ce système une objection grave. La cession d'hypothèque, dit-on, considérée comme nantissement, ne serait efficace que si l'on accomplissait les formalités prescrites pour le nantissement des créances ; or, il est ici impossible de remplir ces formalités essentielles.

La jurisprudence n'a pas tenu compte de l'objection : elle n'a pas voulu voir dans cette opération une cession de créance, mais simplement la transmission d'un droit à titre de garantie. Elle a appliqué à cette cession le

1. Aubry et Rau, § 188.

principe d'après lequel les droits réels se transfèrent en général, même en regard des tiers, par le seul effet des conventions ; elle se base sur le caractère particulier de la cession d'hypothèque, dont l'objet est bien moins de donner en gage la créance même du cédant, que d'affecter son hypothèque, droit réel immobilier, à la sûreté de la créance du cessionnaire (1). Cette jurisprudence trouve son explication dans l'impossibilité de remplir, en ce qui concerne les droits et créance de la femme, droits sujets à diminuer ou à s'accroître pendant le mariage, les formes nécessaires pour assurer l'efficacité du nantissement.

M. Pont y voit « une délégation faite éventuellement
« par la femme et résultant de la promesse par laquelle
« elle s'oblige conditionnellement en ce sens qu'elle
« s'oblige à payer ou au moins à abandonner à titre de
« paiement les droits qu'elle peut avoir contre son mari
« pour que le créancier auquel elle fait l'abandon exerce
« ses droits à sa place si, à l'échéance, le mari ne paie
« pas lui-même la dette qu'il a souscrite envers ce créan-
« cier ». Nous croyons cette opinion contestable. En effet, on ne gagne rien à substituer l'idée d'une délégation à celle d'un transport, parce que toute délégation suppose de la part de celui qui la consent une dette qu'il entend faire acquitter à sa décharge par le délégué, et que la

1. Caen, 11 mars 1854, Sirey, 55. 2. 69.

subrogation peut avoir lieu sans qu'il y ait engagement personnel du subrogeant envers le subrogé (1).

Enfin, MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes pensent que c'est une convention *sui generis*, valable en vertu de l'article 1134, qu'elle est capable de produire les effets que la volonté des parties y a attachés et que la loi n'a pas proscrits. « C'est, si on veut, un contrat innomé » qui doit toute sa puissance à la volonté des parties et « produit les effets voulus par elle. »

Nous admettons volontiers cette opinion. Cette forme de renonciation n'est en effet, à notre avis, ni une renonciation en faveur du créancier, ni une cession de créance, ni un cautionnement réel : nous devons donc y voir un véritable contrat innomé

Deuxième forme : Cession de la créance hypothécaire de la femme contre son mari. — En réalité, la femme cède seulement l'exercice de son droit hypothécaire et non sa créance, car si le concessionnaire, étant créancier du mari, exerce le droit qui lui a été transmis, il entame bien dans une certaine mesure le droit hypothécaire de la femme, mais il ne diminue pas la créance de celle-ci. Ce n'est donc pas sa créance que la femme a cédée, et on ne voit alors guère de différence entre cette seconde forme de cession et la forme précédente.

Troisième forme : Cession du droit de priorité. — Elle ne peut intervenir qu'au profit d'un créancier du mari et seulement d'un créancier hypothécaire.

1. Aubry et Rau, § 288, note 41.

Elle n'entraîne aucun déplacement des privilèges et hypothèques respectivement attachés aux créances des parties, mais une simple interversion de rang. Le cessionnaire ne peut se faire colloquer à la place du cédant que si la créance de ce dernier existe encore, et, pour exercer ce droit, il faut en outre que le propre droit hypothécaire du cessionnaire subsiste.

Renonciation.

La femme, nous venons de le voir, peut céder son hypothèque de différentes façons. Elle peut aussi y renoncer. Cette renonciation a lieu soit en faveur d'un créancier du mari soit en faveur de l'acquéreur d'un immeuble du mari.

1° *Renonciation en faveur d'un créancier.* — La renonciation en faveur d'un créancier peut être expresse ou tacite. Si elle est tacite, elle ne peut résulter que d'actes qui la supposent absolument. « La cession de l'hypothèque légale peut être faite tacitement, c'est-à-dire qu'elle peut résulter de conventions qui n'auront pas pour objet direct l'hypothèque elle-même, mais qui impliqueront l'intention de la céder. Il y a là une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux, mais qui doit être certainement, dans le doute, décidée contre la cession parce que l'abandon d'un droit, l'aliénation

« ne peut être supposée » (1). Par exemple, la femme emprunte solidairement avec son mari, ou donne son consentement à une constitution d'hypothèque faite par le mari sur un de ses immeubles au profit du prêteur. Il y a là renonciation tacite, car le consentement de la femme n'est pas nécessaire pour la validité de la convention d'hypothèque ; elle entend donc rassurer le créancier par la renonciation à son hypothèque légale. MM. Aubry et Rau sont de cet avis et un arrêt de la cour de Caen du 3 mai 1852 (2) dans ce sens établit qu' « une obligation « hypothécaire, contractée par une femme mariée, solidairement avec son mari, emporte de plein droit la « subrogation du créancier à l'hypothèque légale de la « femme. »

Avant la loi de 1855, les renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées n'étaient soumises à aucune condition particulière de forme. Elles pouvaient donc être faites par acte sous seing privé et prenaient rang d'après la date de l'acte, sans être soumises à la formalité de l'inscription.

La loi de 1855 est venue exiger l'authenticité pour l'acte et la formalité de l'inscription pour prendre rang à l'égard des tiers. Il en résulte que les renonciations ou subrogations tacites ne deviennent, comme les renonciations expresses, opposables aux tiers, que du jour où elles sont rendues publiques dans la forme prescrite.

1. Colmet de Santerre, t. I, 81 *bis*, XVIII.

2. Dalloz, 1854. 2. 20.

Quant aux caractères de la renonciation consentie par la femme au profit d'un créancier du mari, nous pensons que c'est une véritable subrogation à l'hypothèque légale. Elle n'est pas seulement abdicative, extinctive, mais bien *translative*. MM. Aubry et Rau se prononcent nettement dans ce sens et ils concluent : « Le créancier au profit
« duquel la renonciation a eu lieu est donc comme tout
« subrogé autorisé à exercer en son propre nom les droits
« hypothécaires de la femme » (1).

M. Mourlou ne reconnaît à la renonciation qu'un caractère extinctif.

Un autre auteur croit devoir distinguer entre la renonciation expresse et la renonciation tacite, en n'attribuant à cette dernière qu'un effet simplement abdicatif.

La jurisprudence a consacré l'effet translatif en s'inspirant de la volonté des parties. En effet, la femme qui renonce à son hypothèque légale au profit d'un prêteur, ne s'interdit pas seulement l'exercice de son droit à l'encontre du créancier, elle lui transmet en plus le droit d'agir à sa place, elle le subroge, sinon elle ne lui fournirait pas une garantie efficace. Il faut en effet ne pas perdre de vue le résultat à atteindre, l'avantage que le créancier entend tirer de la renonciation. S'agit-il d'un créancier hypothécaire ? la renonciation simplement extinctive sera insuffisante si, entre l'hypothèque de sa femme et sa propre hypothèque, il y en a d'autres ins-

1. Aubry et Rau, § 288 *bis*.

crites ; il faut alors que la femme lui transmette son hypothèque ou au moins lui consente une cession d'antériorité. S'agit-il d'un créancier chirographaire ? la renonciation abdicative l'exposerait à voir sa créance compromise par des cessions postérieures ou primée par des constitutions d'hypothèques. La volonté des parties est donc bien d'interpréter la renonciation dans un sens translatif et d'en faire l'équivalent d'une véritable cession.

C'est la solution donnée par la jurisprudence telle qu'elle résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1867 (1) : « La subrogation consentie par une
« femme mariée, au profit d'un créancier chirographaire
« de son mari, dans l'effet de son hypothèque légale, avec
« cession et transports de tous ses droits et créances,
« emporte cession des reprises de la femme et de l'hypothèque légale qui y est attachée, jusqu'à concurrence
« de la créance du subrogé : il n'y a pas là une simple
« cession d'antériorité qui n'affecterait que le rang hypothécaire de la femme et lui laisserait avec ses
« créances elles-mêmes, l'hypothèque légale en formant
« la garantie.

« En conséquence, la collocation obtenue par le subrogé sur le prix de l'un des immeubles du mari, en
« vertu d'une telle subrogation, éteint tout à la fois la
« créance et l'hypothèque de la femme, pour le montant

1. Dalloz, 1867, 1. 465.

« de cette collocation et affranchit les autres immeubles
« du mari.

« La femme investie en ce cas d'une nouvelle créance
« contre son mari, par suite de l'obligation qu'elle a
« contractée comme caution de ce dernier et du paie-
« ment fait au subrogé, n'a que l'hypothèque légale at-
« tachée à cette créance nouvelle, hypothèque qui ne
« date que du jour de son obligation, et ne peut, dès
« lors, être exercée sur les immeubles antérieurement
« aliénés. »

Si nous avons cité tout au long la solution consacrée par cet arrêt, c'est pour rendre compréhensible une note de M. Beudant, publiée à la suite dans le Répertoire de Dalloz, et que nous croyons intéressant de résumer.

M. Beudant constate que la solution est irréprochable dans l'espèce, mais il critique, au point de vue doctrinal, certaines considérations qui pourraient conduire à des conséquences que n'admettrait plus la Cour.

La femme était réellement créancière de son mari pour une somme de 46.000 fr.

L'ensemble des dettes contractées par elle, conjointement et solidairement, avec subrogation, ne montait pas à moins de 325.000 fr.

Comment une hypothèque qui assure le remboursement de 46.000 fr. a-t-elle pu procurer aux subrogés des collocations pour une somme tellement supérieure ?

D'une part, un point semble certain : « C'est que l'hy-
« pothèque ne peut s'élargir entre les mains des subro-

« gés, c'est que la femme, en cédant ses droits, ne les
« transmet jamais que dans la mesure où elle aurait pu
« les exercer elle-même. »

L'hypothèque légale, établie pour sûreté des reprises, reçoit de la loi « une mesure qu'il n'est pas au pouvoir
« de la femme d'élargir. »

D'autre part, la femme qui consent une subrogation en faveur d'un créancier de son mari, acquiert une hypothèque par le fait de son engagement (2135-2°, C. c.), elle se trouve ainsi avoir un recours pour gestion d'affaires avec hypothèque au jour de l'obligation. En place du droit qu'elle perd, elle en acquiert un nouveau, au rang de l'engagement consenti au premier subrogé. Elle peut céder de nouveau ce droit, et ainsi faire produire plusieurs fois à l'hypothèque légale l'effet qu'elle ne devrait produire qu'une seule fois.

Telles sont les conséquences admises par la jurisprudence.

Ainsi, dit M. Beudant, s'explique ce phénomène d'une hypothèque se multipliant par l'effet de la subrogation.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux (1) du 19 février 1895 est venu confirmer ce caractère translatif de l'engagement pris par la femme vis-à-vis d'un créancier de son mari. Aux termes de l'arrêt, le créancier subrogé dans l'hypothèque légale de la femme qui s'est engagée

1. Sirey, 96, 2, 27.

solidairement avec le mari, peut exercer les droits de la femme et réclamer collocation au rang de son hypothèque légale, par cela seul qu'elle est exposée à des poursuites, si le créancier n'est pas payé par le mari.

2° *Renonciation en faveur d'un acquéreur.* — La renonciation à l'hypothèque légale peut encore être consentie par la femme en faveur d'un acquéreur d'immeubles du mari ou de la communauté.

Il importe peu à la femme que l'abandon de son droit ait lieu en faveur d'un créancier ou d'un acquéreur. Mais il n'en est pas de même de ces derniers. Le créancier et l'acquéreur ne visent pas en effet le même but. Le premier ne demande qu'à avoir la certitude d'être payé au jour de l'échéance. Peu lui importe que la femme après lui subroge d'autres créanciers. S'il a pris inscription, il conserve son rang de préférence et il n'a pas à s'inquiéter de ceux qui viennent après lui. La cession qui lui a été consentie n'épuise pas le droit de la femme, elle le diminue, il est vrai, parce que le créancier ne peut acquérir une partie des droits de la femme sans la dépouiller d'autant. C'est donc une véritable cession plutôt que l'abandon d'un droit.

Le but que se propose l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté est tout différent. Il ne s'agit plus pour lui d'être payé à une échéance, il s'agit de ne jamais être troublé dans sa propriété. Pour cela, il est nécessaire que personne ne puisse exercer une action hypothécaire sur son immeuble. Ce but sera atteint si la

femme, en lui cédant son droit, a épuisé en même temps son droit de subrogation sur l'immeuble vendu par son mari. Par la subrogation qu'elle consent en faveur de l'acheteur, elle doit se mettre dans l'impossibilité de consentir de nouvelles subrogation sur l'immeuble vendu. L'acheteur, en effet, ne se contenterait pas de l'assurance d'être indemnisé en cas d'éviction, il veut la certitude de ne jamais être évincé. Ordinairement, le but sera atteint par l'extinction de l'hypothèque légale. Mais si l'immeuble est grevé d'autres hypothèques par le mari vendeur, et que l'acheteur n'ait pas employé le prix à les éteindre, il ne lui suffit plus que la femme ait perdu son droit, il faut qu'il ait pris sa place, de façon à pouvoir exercer son hypothèque légale. La renonciation simplement extinctive ne lui suffit plus, il lui faut une renonciation investitive ou translatrice. Non seulement la femme doit être hors d'état d'invoquer son hypothèque contre lui, il faut qu'il puisse se servir lui-même de cette hypothèque contre les autres créanciers hypothécaires qui viennent après la femme, il faut qu'il soit subrogé, que la renonciation soit translatrice.

Ainsi, nous distinguons deux espèces de renonciation : la renonciation simplement extinctive et la renonciation translatrice emportant subrogation.

MM. Aubry et Rau (1) soutiennent cette opinion. Mais certains auteurs ne veulent pas reconnaître à la renon-

1. Aubry et Rau, 288 *bis*, 4^o.

ciation au profit de l'acquéreur le caractère tantôt extinctif, tantôt translatif. L'acte qui fait disparaître l'hypothèque grevant un immeuble du mari est toujours, disent-ils, une simple réduction qui exige l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2144. La renonciation ne peut être faite en dehors des prescriptions de cet article que lorsqu'elle est la conséquence d'un autre contrat.

Il est cependant bien évident que si l'article 2144 impose certaines formalités lorsque la femme veut abandonner son droit contre son mari, c'est parce que le législateur qui a accordé cette protection à la femme ne veut pas que, dès le lendemain du mariage, elle puisse, sous l'influence de son mari, y renoncer par son seul consentement. La situation est bien différente lorsque le contrat est passé avec un tiers. Sans doute le mari en profite ; il intervient au contrat ne serait-ce que pour donner son consentement ; mais la volonté seule de la femme ne suffit pas, il faut le concours des tiers et nous ne sommes plus alors dans le cas prévu et régi par l'article 2144 du Code civil. Il est bon de remarquer d'ailleurs qu'au moment où la femme renonce, l'immeuble est sorti des mains du mari. On se trouve alors vis-à-vis du tiers acquéreur qui demande à compléter sa propriété, à la débarrasser de ce droit réel qui la grève, sans être obligé de subir les lenteurs de la purge.

La jurisprudence a tranché la question dans ce

sens (1). La femme peut valablement subroger à son hypothèque légale un créancier de son mari sans être tenue de remplir les formalités prescrites par les articles 2144 et 2145 du Code civil ; ces formalités ne sont nécessaires qu'au cas de réduction de l'hypothèque consentie au profit du mari seul, et dans le but unique d'affranchir une partie de ses biens de cette hypothèque.

La femme prétendait que la subrogation consentie par elle en faveur d'un créancier du mari équivalait à une véritable réduction de l'hypothèque légale, et que, pour être valable, elle aurait dû être accompagnée des formalités prescrites par les articles 2144 et 2145 du Code civil. Elle se basait sur ce que l'acte avait été fait dans le seul intérêt du mari, puisqu'il s'agissait de créances préexistantes contre lui. Elle attaquait la qualification de l'acte admis par le tribunal : ce n'est pas une cession d'hypothèque, disait-elle, c'est une simple réduction, toute dans l'intérêt du mari, et qui tombe sous l'application nécessaire des articles 2144 et 2145 : or, dans ces cas, l'autorisation maritale ne suffit plus.

La Cour n'a pas admis cette manière de voir. Attendu, dit l'arrêt, « que les articles 2144 et 2145 ne sont applicables qu'aux réductions d'hypothèques demandées « par le mari seul, et non aux contrats sincères que la « femme passe avec des tiers, même dans l'intérêt de son

1. Ch. des requêtes, 30 juillet 1845. Sirey, 45. 1. 711.

« mari, ces contrats étant régis par d'autres dispositions
« au nombre desquels se trouve l'article 217 C. c. —
« Rejette. »

Avant la loi de 1855, la jurisprudence et la doctrine étaient d'accord pour admettre que la femme pouvait renoncer à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur d'un immeuble de son mari. Il n'y avait même aucune condition de forme : la jurisprudence admettait aussi bien l'acte sous seing privé que l'acte authentique, la renonciation tacite que la renonciation expresse. Un arrêt de cassation du 24 janvier 1838 (1) constate qu'aucune disposition de loi n'enlève à la femme la faculté de subroger un tiers dans ses droits, « que, du reste, l'exis-
« tence et la validité de ces cessions dépendent toujours
« d'une vérification de faits et de conventions dont les
« Cours royales sont souverainement appréciatrices,
« parce que les formes n'en sont spécialement détermi-
« nées par aucune loi. »

L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 décidant que
« dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypo-
« thèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette
« renonciation doit être faite par acte authentique », donna lieu à de grandes controverses au sujet des cas dans lesquels les prescriptions de cet article étaient obligatoires.

Dans un premier système, on soutenait que l'article 9

1. Sirey, 38. 1. 97.

était toujours applicable sans distinguer entre les renonciations extinctives et les renonciations translatives. Peu importe que la femme se trouve en présence d'un acquéreur au lieu d'être en présence d'un créancier ; il s'agit toujours de la protéger et d'empêcher de sa part des renonciations imprudentes. Il s'agit de défendre un incapable, il n'y a donc pas lieu de s'attacher aux personnes avec lesquelles il contracte. Il faut considérer seulement l'opération en elle-même ; si celle-ci peut lui être préjudiciable, il faut l'entourer de formalités.

A l'objection que la femme pouvait par acte sous seing privé contracter des obligations autrement onéreuses ou autrement graves et que pouvant faire plus elle devait pouvoir faire moins, les partisans de ce système répondaient que la question se posait précisément de savoir si le législateur n'avait pas ménagé à la femme cette ressource suprême, pour conjurer les conséquences de ses fautes ou de ses imprudences.

Une deuxième opinion, s'appuyant sur un arrêt de la Cour de Lyon du 6 mars 1880 (1), admettait la renonciation par acte sous seing privé dans le cas où la femme se portait co-venderesse « la vente ayant pour conséquence « la garantie de la part du vendeur vis-à-vis de l'acquéreur... »

Ce système est dangereux. Il est souvent difficile de déterminer les cas où la femme joue véritablement le

1. Dalloz, sous Cassation, 1881. 1. 473.

rôle de co-venderesse. « La femme qui s'oblige à garantir
« renonce à évincer ; elle renonce implicitement à son
« hypothèque légale et contracte en même temps une
« obligation beaucoup plus étendue et plus onéreuse.
« Cette fois encore la protection inconsiderée du législa-
« teur se retournera contre la femme mariée » (1).

En résumé, dans ce système, on n'admet pas l'acte sous seing privé, lorsque la femme intervient seulement pour renoncer.

Dans une troisième opinion qui nous semble la meilleure on distingue entre les renonciations extinctives et les renonciations translatives. On doit appliquer aux renonciations translatives les règles de la cession ou de la subrogation et les faire dans la forme authentique car elles rentrent dans les termes de l'article 9 de la loi de 1855. En effet, si on examine les termes de cet article, on voit qu'ils s'appliquent à la cession de l'hypothèque ou à la renonciation translatrice et non à la renonciation extinctive «... cette cession ou cette renonciation doit être
« faite par acte authentique et les cessionnaires n'en sont
« saisis à l'égard des tiers que... de la subrogation... »
Le législateur, dans ce texte, assimile la cession à la renonciation et résume sa pensée dans le mot « *subrogation* » qui suppose que l'acquéreur est subrogé, que la femme lui a transmis ses droits afin qu'il puisse les faire

1. *Revue Critique*, 1881, p. 341. M. Labbé.

valoir contre des tiers. L'article précité ne peut donc s'appliquer à la renonciation simplement extinctive.

Si on allègue qu'il est nécessaire de protéger la femme, de la préserver des dangers auxquels l'expose l'acte sous seing-privé, en la livrant sans conseil et sans appui aux entraînements de son illusion et de sa faiblesse, nous répondrons que ce raisonnement rendrait l'intervention du notaire nécessaire chaque fois que le mari serait intéressé à un acte passé par la femme. Alors on ne pourrait plus admettre la renonciation tacite, par exemple lorsque la femme se porte garante de la vente d'un immeuble, et cependant presque tous les auteurs estiment que, lorsque la femme intervient de cette manière, même par acte sous seing privé, elle renonce à son hypothèque. En tout cas, il serait difficile de ne pas admettre que la femme pourrait, en se portant garante de la vente de l'immeuble, fût-ce par acte sous seing privé, s'interdire le droit d'invoquer son hypothèque au préjudice de l'acquéreur. Or, cette proposition admise, comment prétendre que la femme ne pourrait pas faire directement, sans observer plus de formalités, ce qu'elle peut faire indirectement ?

Donc l'article 9 ne s'applique pas aux renonciations extinctives qui sont restées soumises, après la loi de 1855, aux règles du Code civil qui n'exige aucune formalité.

Ce système offre un avantage pratique : il dispense les parties de frais et de formalités inutiles. Il reste toutefois, nous le reconnaissons, un point assez délicat, celui de savoir quand la renonciation est extinctive et quand

elle est translatrice, question dont peut dépendre la validité de l'opération. Cette interprétation de la volonté des parties sera, croyons-nous, assez facile dans la plupart des cas : il suffira presque toujours de s'attacher à l'intérêt de l'acquéreur pour découvrir le véritable caractère de la renonciation.

La loi du 13 février 1889 a tranché la question pour l'avenir, en décidant que « dans tous les cas, cette renonciation (à l'hypothèque légale) n'est valable et ne produit les effets ci-dessus (ne vaut purge) que si elle est contenue dans un acte authentique. »

Nous verrons, en étudiant cette loi, avec quelles difficultés et après quelles hésitations, le Sénat s'est décidé à admettre l'authenticité.

Publicité de la cession.

Avant la loi de 1855, les subrogations étaient occultes ; l'acquéreur ne pouvait pas contrôler la déclaration de la femme affirmant n'avoir pas cédé son hypothèque. S'il payait le prix, il était exposé à la poursuite des cessionnaires antérieurs prétendant que la renonciation en faveur de l'acheteur ne pouvait avoir aucun effet, la femme étant déjà dépouillée de son droit au moment où elle l'avait consentie. Pour être tranquille, l'acquéreur se voyait dans la nécessité de recourir à la purge. Mais il n'avait rien à craindre des cessionnaires postérieurs, car

la femme avait épuisé son droit d'hypothèque ainsi que le constate le rapport Vernier. « En ce qui concerne les
« ventes et aliénations des biens du mari auxquelles la
« femme prenait une part quelconque, coopérait par sa
« présence, elle a toujours été considérée sans conteste
« jusqu'à la loi de 1855 comme renonçant d'une ma-
« nière absolue et définitive à son hypothèque légale
« sans qu'il fût même nécessaire de faire transcrire les
« actes d'aliénation..... la coopération de la femme
« à l'acte d'aliénation, sa simple présence étaient consi-
« dérées unanimement, universellement comme pur-
« geant l'immeuble aliéné de l'hypothèque légale de la
« femme » (1).

La loi de 1855 est venue déclarer que « les cession-
« naires n'en seraient saisis (de cette hypothèque) à
« l'égard des tiers que par l'inscription..... »

Quels sont les tiers qui peuvent opposer le défaut d'ins-
cription ? Le tribunal de Mortagne avait décidé, le
22 mars 1878 (2), qu'il serait inutile au créancier chiro-
graphaire de se prévaloir du défaut d'inscription ou de
renouvellement. En effet, le créancier subrogé écarté,
l'hypothèque légale pouvait être invoquée par la femme
elle-même qui primerait ainsi le créancier chirographaire,
puisque la femme peut opposer son hypothèque aux tiers
indépendamment de toute inscription.

1. Rapport de M. Vernier à la Chambre des députés, 27 mars
1886, n° 583.

2. Sirey, 79. 2. 297.

La Cour de Caen a infirmé ce jugement, le 18 décembre 1878, et décidé que l'inscription imposée au créancier subrogé était soumise au renouvellement. La Cour s'appuie sur ce que la condition de l'inscription exigée par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 est introductive d'un droit nouveau et qu'elle a été édictée pour restreindre le plus possible l'effet des hypothèques occultes. Attendu, est-il dit, que les expressions de l'article 9 « ne sont saisis à l'égard des tiers », sont littéralement les mêmes que celles de l'article 1690 du Code civil qui régit les transports de créances, qu'elles ne sauraient dès lors avoir une autre signification dans l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, que dans l'article 1690 du Code civil et que de même qu'il est certain que dans ce dernier texte les créanciers chirographaires sont des tiers, de même aussi, dans le premier, ils ont cette qualité...

M. Lyon-Caen, dans sa note sous cet arrêt, approuve la solution de la Cour de Caen, mais il prétend, qu'au point de vue de la loi de 1855, le droit commun c'est le titre du Code civil sur les privilèges et hypothèques

Donc, d'après lui, « les tiers qui pourront opposer le
« défaut d'inscription ou de mentions de la subrogation
« à l'hypothèque de la femme mariée, en vertu de l'arti-
« cle 9 de la loi de 1855 sont ceux-là mêmes qui peuvent se
« prévaloir contre les créanciers hypothécaires du défaut
« d'inscription en vertu de l'article 2134 du Code civil.
« Nous préférons de beaucoup cette formule à celle de

« l'arrêt qui dit que le mot tiers a ici le même sens que
« dans l'article 1690 du Code civil.

« En invoquant l'article 1690 on fait abstraction du
« principe fondamental selon lequel la loi de 1855 doit
« être complétée à l'aide des dispositions du Code civil
« sur les privilèges et hypothèques ».

De plus, dans le système de la Cour de Caen, on admettrait que la subrogation est une cession de créance, ce qui est contesté.

Cette loi du 23 mars 1855 a donné lieu à de grandes divergences d'opinions au point de vue de son application, car elle donnait naissance à de nombreux dangers pour les acquéreurs d'immeubles appartenant à des maris. Dans les premières années qui suivirent sa promulgation, on pensait généralement qu'elle ne devait s'appliquer qu'aux cessions d'hypothèques ayant pour objet de garantir une créance. Telle était l'opinion adoptée dans le notariat, mais dans la doctrine on était fort divisé.

On vit bientôt des auteurs soutenir que la femme en intervenant dans une vente faite par son mari faisait toujours une renonciation translatrice, une subrogation qui devait être inscrite, selon les termes généraux de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855.

D'autres distinguaient, nous l'avons vu, la renonciation simplement extinctive et la renonciation translatrice. Dans le premier cas, les formalités de l'article 9, n'étaient jamais applicables. Dans le second cas, si la femme renon-

çait postérieurement à la vente, dans un acte distinct de l'acte d'aliénation, il fallait se soumettre aux formalités de l'article 9. Si la renonciation intervenait dans l'acte même de vente, la loi de 1855 n'était plus applicable. La transcription du contrat rendait publique la renonciation. Les tiers qui traitaient postérieurement avec la femme pouvaient se rendre compte de la valeur de la subrogation que leur offrait la femme en consultant les deux registres du conservateur : par les dates des inscriptions, ils connaissaient le rang, par le registre des transcriptions ils se rendaient compte des aliénations consenties par le mari.

D'après un arrêt de la Cour de Lyon du 22 décembre 1863 (1), l'acquéreur, bénéficiaire d'une renonciation de la femme, ne peut opposer la renonciation aux tiers que la femme a depuis subrogés dans son hypothèque, qu'autant qu'il a requis avant eux l'inscription ou la mention prescrite par l'article 9 de la loi de 1855. Il ne suffirait pas qu'il ait fait transcrire la vente antérieurement aux subrogations consenties par la femme.

La Cour base son arrêt sur les motifs suivants : L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 assujettit à une publicité par voie d'inscription, non seulement la cession, par une femme mariée, de son hypothèque légale (ce que dans la pratique on appelle subrogation), mais encore la renonciation à son hypothèque légale ; la même règle de publicité s'applique donc aux deux cas... Si

1. Lyon, 22 décembre 1863. Dalloz, 1864. 2. 193.

entre la femme renonçante et le tiers acquéreur l'effet produit est purement et simplement celui d'une extinction, il en est autrement dès que le tiers acquéreur se trouve en conflit avec d'autres créanciers. Or, la publicité prescrite par l'article 9 regarde précisément l'intérêt de ces autres créanciers.

M. Labbé combat la décision de la Cour. A son sens, si, d'après la rigueur des principes, toute convention qui produit un effet à l'égard des tiers, qui modifie l'état de la propriété, qui a un caractère de réalité, doit être rendue publique, il convient toutefois de prescrire dans ce but le moins de formalités possible. Ces formalités en effet sont coûteuses ; puis, il est toujours regrettable de faire dépendre le fond de la forme, de réduire à néant un droit, pour un défaut de formalité.

M. Mourlon (1) soutient que la renonciation en faveur du tiers acquéreur est purement extinctive, car il veut seulement que l'hypothèque de la femme de son vendeur ne lui nuise pas... l'acquéreur retire de la renonciation un avantage équivalent à celui que lui procurerait la purge, c'est-à-dire une extinction. Il écarte le subrogé postérieur en lui disant : l'hypothèque n'a pu vous être cédée en tant qu'elle frappe sur l'immeuble par moi acquis, car elle a été, par le consentement de la femme anéantie à mon profit : or, l'inscription est une formalité requise pour la conservation d'un droit de pré-

1. Mourlon. Des subrogations, p. 598 et suiv.

férence et non pas pour assurer l'effet d'une clause extinctive d'un semblable droit. En conséquence, l'article 9 de la loi de 1855 est inapplicable à la renonciation, par une femme, à son hypothèque légale, dans une vente, au profit de l'acquéreur.

M. Tiercelin, dans sa note sous l'arrêt, dit ceci : « A
« quel titre imposerait-on à l'acquéreur l'obligation de
« prendre inscription ? Il n'est pas créancier ou il serait
« créancier de lui-même. Il est propriétaire. Or, s'ima-
« gine-t-on cet acquéreur déchu de son droit pour n'avoir
« pas pris une inscription sur son propre immeuble,
« comme si une personne pouvait avoir à la fois sur la
« même chose un droit de propriété et une hypo-
« thèque. »

Après avoir cité le fameux arrêt de la Cour de Lyon qui exige l'inscription, nous citerons deux arrêts de la Cour de Dijon qui n'exigent que la transcription :

1^o Arrêt du 4 août 1880 sur appel d'un jugement du tribunal civil de Charolles, du 6 septembre 1879 (1). — Considérant que l'acquéreur d'un immeuble au profit duquel la femme du vendeur a renoncé à son hypothèque légale et qui a fait transcrire son contrat n'est pas tenu de requérir l'inscription de cette hypothèque pour s'assurer au regard des tiers le bénéfice de la renonciation ; que l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 n'impose qu'aux cessionnaires l'obligation de prendre inscription... que

1. Dijon, 4 août 1880. Sirey, 80 2. 323.

ce texte qui s'applique sans difficulté au créancier bénéficiaire d'une renonciation, ne peut logiquement être opposé à l'acquéreur qui n'a pas de droit hypothécaire à exercer... que l'intérêt des tiers ne commandait pas cette extension ; qu'ils sont en effet suffisamment avertis, par la transcription, de l'extinction de l'hypothèque légale en même temps que de l'aliénation de l'immeuble... qu'en outre, si la renonciation de la femme au profit d'un acquéreur ne devait pas produire plus d'effet qu'une simple cession, l'acquéreur se trouverait encore dans la nécessité, pour se mettre à l'abri des surenchères des cessionnaires postérieurs, de purger l'hypothèque légale...

2^e Arrêt de la Cour de Dijon, du 6 février 1889 (1), confirmant un jugement du tribunal de Châtillon, du 10 juillet 1888, n'exigeant que la transcription et donnant la solution consacrée quelques jours plus tard par la loi du 13 février 1889. — Considérant que c'est du droit de suite qu'il s'agit et que l'article 9 n'a trait qu'au droit de préférence (ce qui résulte de l'exposé des motifs de la loi du 23 mars 1855) ..

Considérant que, malgré la transcription le créancier subrogé pourrait sans doute inscrire l'hypothèque légale de sa débitrice, dont la loi de 1855 a laissé intacts les droits à l'occultanéité ; mais cette inscription serait vaine, le créancier agissant, dans ce cas, comme ayant cause de la femme, serait repoussé par une exception de

1. Sirey, 89. 2. 78.

garantie opposable à cette dernière et par conséquent à celui qui la représente... d'où il suit que protégé, soit par une transcription qui, en général, suffit à avertir les tiers, soit par une exception de garantie, contre les exigences du droit de suite, le tiers détenteur n'a pas besoin de recourir aux formalités prescrites par l'article 9 de la loi de 1855 qui n'a pas trait à ce droit...

En sens contraire, nous trouvons un arrêt du 22 décembre 1887 (1) par lequel la Cour de Douai confirme un jugement du tribunal civil de Cambrai, du 11 mai 1887 et consacre la théorie émise par la Cour de Lyon en 1863. Mais cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation, le 5 mai 1890 (2). La Cour suprême déclare que l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 qui assujettit à la formalité de l'inscription les renonciations par les femmes mariées à leur hypothèque légale ne s'applique qu'aux renonciations dont l'effet est de saisir les cessionnaires ou subrogés des droits hypothécaires de la femme.

En conséquence, la renonciation pure et simple de la femme à son hypothèque légale, dans un acte de vente régulièrement transcrit, au profit de l'acquéreur d'un immeuble grevé de cette hypothèque, ayant un caractère extinctif, est dispensée de toute formalité autre que celle de la transcription.

Enfin, la Cour constate que si la loi du 13 février

1. Sirey, 1889. 2. 78.

2. Dalloz, 1890. 1. 467.

1889 dont le but a été de mettre fin, sur ce point, à toute controverse, contient en ce sens une disposition expresse, elle n'a point innové, dans cette mesure, mais consacré la doctrine généralement admise dans la pratique, tout en la complétant par des dispositions accessoires.

La Cour de cassation contredit ainsi sa jurisprudence antérieure. L'arrêt du 29 août 1866 (1) confirmant l'arrêt de la Cour de Lyon, du 22 décembre 1863, avait dit en effet nettement : « que les formalités de publicité
« prescrites par l'article 9 de la loi de 1855 ne peuvent
« être remplacées par la transcription de l'acte de vente
« qui renferme la renonciation dont il s'agit. »

MM. Aubry et Rau (2) estiment que la publicité prescrite par l'article 9 est nécessaire aussi bien pour la renonciation extinctive que pour la renonciation translatrice. « La disposition de cet article est générale et embrasse toutes les renonciations susceptibles de présenter à un degré plus ou moins élevé, les dangers et les inconvénients que le législateur a voulu éviter. Or, n'est-il pas évident que les créanciers auxquels la femme viendrait offrir la garantie de son hypothèque légale, après y avoir elle-même renoncé en faveur des acquéreurs des immeubles du mari, seraient exposés à être trompés, si de pareilles renonciations leur étaient opposables sans avoir été rendues publiques ? »

1. Dalloz, 1867. 1. 49.

2. *Cours de droit civil*, t. III, p. 465, note 18.

La conséquence de ce système était que l'acquéreur devait toujours inscrire s'il voulait s'éviter les embarras de la purge légale ; il devait grever son propre immeuble de l'inscription de l'hypothèque légale de son vendeur et ne pas oublier de renouveler tous les dix ans cette inscription afin de ne pas perdre son rang.

Les termes mêmes de l'article 9 montrent bien que ce dernier s'applique à la renonciation translatrice seule. « *Cette cession ou cette renonciation...* » : le législateur assimile ces deux expressions, de plus il les réunit dans le mot « subrogation » ; enfin, il déclare que « *les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers...* » : il s'agit donc de faire valoir des droits contre des tiers, des créanciers, or, l'acquéreur ne vise pas ordinairement ce but (1).

Notre conclusion est que l'article 9 n'est pas applicable aux renonciations purement extinctives. Cette sorte de renonciation en faveur de l'acquéreur ne peut être assimilée à une cession d'hypothèque. L'acquéreur bénéficiaire de la renonciation n'est pas un cessionnaire, il n'est donc pas soumis à la publicité imposée à ce dernier par la loi de 1855. Si l'acquéreur prenait une inscription ce serait pour exercer les droits de la femme et les faire valoir à son profit, mais il poursuit le but exactement contraire ; il veut éteindre les droits de la femme, il veut qu'il n'y ait plus de droits autres que les siens sur l'immeuble dont il est devenu propriétaire et par suite qu'il ne

1. Pont. Expl. Code civil, p. 532. 533, T. X.

soit pas question d'inscription. Donc, si on l'oblige à prendre une inscription, il s'empressera de la faire disparaître. Pour atteindre ce résultat, il lui faudra recourir à la procédure de purge qui lui permettra de requérir une radiation définitive.

« La loi, dit M. Labbé, ne prévoit que deux modes de
« publicité qu'elle organise : si l'inscription de l'hypothèque est déjà prise, une mention au profit du cessionnaire ; si l'hypothèque n'a pas encore été inscrite, une
« inscription prise au profit direct du cessionnaire. Donc
« la loi ne s'est pas préoccupée de la situation d'un acquéreur qui obtient une renonciation pour être dispensé d'accomplir la purge légale. Cet acquéreur devra
« requérir : 1° une inscription de l'hypothèque ;
« 2° une mention de radiation. Ce mode de procéder est
« en dehors des prévisions textuelles du législateur. La
« publicité spéciale de l'article 9 ne regarde pas le tiers
« acquéreur (1). »

Remarquons que dans le système qui veut l'inscription même pour la renonciation extinctive, sauf à faire disparaître cette inscription par la purge, seul moyen de donner sécurité à l'acheteur, cette purge n'aurait aucun sens. Il serait, en effet, absurde de signifier à la femme le dépôt au greffe d'un contrat qu'elle a signé ou de le signifier au Procureur de la République qui ne peut plus rien faire, et qui, s'il faisait inscrire l'hypothèque lé-

1. *Revue critique*, 1891, p. 136.

gale devrait ensuite reconnaître le bien fondé de la demande en mainlevée dont les frais seraient supportés par la femme.

M. Bufnoir (1) pense, contrairement à l'opinion de la Cour de Lyon, qu'il est mieux de considérer l'article 9 de la loi de 1855 comme étranger de tous points aux renonciations qui tendent uniquement à affranchir de l'hypothèque légale, au profit d'un acquéreur, l'immeuble qui en était grevé. D'ailleurs, il est bon de noter que l'article 9 a statué sur l'acte dont la pratique avait révélé les inconvénients et les dangers. Or, cet acte est celui qu'on désignait sous le nom de subrogations à l'hypothèque légale, celui par lequel la femme transférait à un tiers le droit de s'approprier le bénéfice et les effets de l'hypothèque instituée pour la garantir contre son mari. Quant aux renonciations simplement extinctives au profit d'un acquéreur, on ne voit pas qu'on s'en soit préoccupé et que le législateur de 1855 les ait fait rentrer dans ses prévisions.

Contre ceux qui exigent l'inscription de la part d'un acquéreur, sous prétexte que les tiers seraient trompés par l'occultanéité de la cession du droit, on trouve un argument dans la procédure de purge. En effet, l'acquéreur qui n'obtient pas la subrogation de la femme et qui dégreve son immeuble de l'hypothèque légale en accomplissant les formalités de la purge ne prend aucune inscrip-

1. *Journal du Palais*, 1881, note p. 4211.

tion. Les tiers n'ont pas connaissance des significations faites à la femme, au procureur de la République, ni du dépôt au greffe.

Loi du 13 Février 1889.

En présence des divergences d'opinion sur l'étendue d'application de l'article 9 de la loi de 1855, les acquéreurs d'immeubles ne se trouvaient pas en sécurité.

Le notariat tout entier admettait la renonciation extinctive, mais le système dans lequel on soutenait qu'il n'y avait que des renonciations translatives pouvait être adopté par la jurisprudence encore divisée et alors la transcription du contrat ne servirait plus à rien, au point de vue de l'hypothèque, puisqu'elle ne pouvait pas s'éteindre sans être purgée ; chaque désistement de la femme sur l'immeuble vendu devant être fortifié par une inscription d'hypothèque légale sur les biens du mari.

Malgré une pratique constante, ce système pouvait être adopté et donner à la loi de 1855 une portée effrayante. L'acquéreur, pour se mettre à l'abri contre les tiers, se voyait alors réduit soit à remplir les formalités de la purge légale, soit à requérir l'inscription d'hypothèque légale de la femme. Cette dernière solution ne lui donnait cependant pas toujours une sécurité absolue.

La purge légale est pratiquement impossible pour toutes les petites ventes dont le nombre est considérable

en France. Son usage empêcherait un grand nombre de transactions, les frais de purge devant, dans beaucoup de cas, surpasser le prix de vente.

Tant qu'à l'inscription, nous devons noter qu'elle doit être faite sur tous les biens présents et futurs du mari ; de plus, il faudrait la renouveler tous les dix ans, jusqu'à ce que la femme ne puisse plus faire de cessions.

Lorsque l'acquéreur demande que la femme de son vendeur renonce à son hypothèque légale sur l'immeuble aliéné, son but comme son intérêt est d'obtenir l'extinction de l'hypothèque légale. Pour lui, la renonciation n'a d'autre utilité que de remplacer la purge, inabordable pour les petites propriétés, à cause des frais qu'elle entraîne. Sa sécurité n'est complète qu'à cette condition.

L'intérêt de la femme est d'accord avec celui de l'acquéreur. Son concours à la vente engendre de sa part une obligation de garantie qui rend nécessaire l'extinction de son hypothèque sur l'immeuble aliéné.

Le monde des affaires s'émut après l'arrêt de la Cour de Lyon de 1863, et un grand nombre de pétitions, émanant des notaires, demandaient à la Chambre des députés une addition à l'article 9 de la loi de 1855, addition déclarant que la renonciation à son hypothèque légale sur un immeuble du mari, faite par la femme au profit de l'acquéreur de cet immeuble, serait *extinctive* sous la seule condition de publicité résultant de la transcription de l'acte de vente. Les notaires proposaient la rédaction suivante : « Le concours de la femme, à l'aliénation con-

« sentie par le mari, d'un immeuble propre ou conquêt
« de la communauté, emporte extinction de l'hypothèque
« légale de la femme sur l'immeuble aliéné, *erga omnes*,
« à partir du jour de la transcription de l'aliénation.

« La renonciation par la femme à son hypothèque lé-
« gale en faveur du propriétaire, si elle a lieu par acte
« séparé, n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour
« où la mention de cette renonciation a été opérée au bu-
« reau des hypothèques en marge de la transcription qui
« constate l'aliénation. »

Le rapporteur, M. Plessier, concluait favorablement, en faisant remarquer que le législateur refusait une sécurité réelle à plus de 800.000 acquéreurs annuels d'immeubles d'une valeur de 160 millions de francs, et il invitait le garde des sceaux à présenter un projet de loi.

Dans la séance du 26 novembre 1881, le ministre de la justice, M. Cazot, déposa un projet de loi ajoutant à l'article 9 de la loi de 1855, une disposition nouvelle, dont voici le résumé : la renonciation par la femme, à son hypothèque au profit de l'acquéreur, en emporte extinction et vaut purge, à partir de la transcription de l'acte ou de la mention en marge de la transcription.

D'après l'exposé des motifs, « la nouvelle disposition
« ne contient aucune innovation aux principes de nos lois
« civiles : elle maintient la nécessité de l'authenticité pour
« toutes les renonciations et consacre l'obligation de la
« publicité... » (1).

1. Exposé des motifs, séance du 26 novembre 1881, p. 6.

Au sein de la commission, deux courants se forment : un premier groupe adopte le projet du gouvernement ; un deuxième groupe veut assimiler l'acte sous-seing privé à l'acte authentique, et rendre le simple concours de la femme dans l'acte équivalent à la renonciation formelle.

MM. Bisseuil et Plessier, qui insistaient pour l'assimilation de l'acte sous-seing privé à l'acte authentique, étaient, à notre avis, logiques. Un des principaux motifs pour lesquels le gouvernement avait déposé ce projet était de diminuer les frais, surtout dans les ventes de peu d'importance dont le nombre est considérable. On devait donc ne pas perdre de vue le but à atteindre et chercher à réaliser une réforme aussi parfaite que possible.

Malgré ces considérations, la Chambre a adopté un projet, exigeant pour la renonciation un acte authentique. La Commission du Sénat, beaucoup plus sage à notre avis, a repoussé la nécessité de l'acte authentique, sauf pour les renonciations consenties par acte distinct, postérieurement à l'aliénation. Nous développerons plus loin les raisons pour lesquelles nous pensons qu'il ne faut pas donner une trop grande confiance à la protection offerte à la femme par l'acte authentique.

De plus, cette Commission a admis que le concours de la femme dans l'acte vaudrait renonciation, mais elle a déterminé les conditions nécessaires pour rendre valable cette renonciation.

Devant le Sénat, une discussion assez vive s'est enga-

gée, dans la séance du 29 octobre 1888, entre MM. Léon Clément et Trarieux. M. Trarieux demandait l'acte authentique, au nom des principes qui planent sur notre droit hypothécaire, et en tirait la conclusion que la femme ne peut donner valablement son consentement à l'aliénation d'un immeuble sur lequel elle a un droit d'hypothèque légale que par acte authentique. M. Léon Clément a répondu que c'était une erreur complète. Toutes les fois qu'un créancier inscrit, quel qu'il soit, consent à l'aliénation d'un immeuble sur lequel il a une hypothèque, ce consentement, quelle qu'en soit la forme, anéantit son droit hypothécaire. C'est un principe de droit romain qui nous a été transmis et qui a été appliqué dans le droit français sans aucune difficulté. Puis, plus loin, M. Clément parlant de la purge, s'écrie :

« Croyez-vous que lorsque la femme aura reçu un
« papier timbré, remis sans explication par un huissier,
« ce sera pour elle une garantie plus grande que la
« signature que lui demande son mari qui vient de
« vendre un immeuble ?

« Le Code, dans la purge, se contente de son silence ;
« nous lui donnons plus de garanties en exigeant son
« consentement, mais puisque nous voulons éviter des
« frais, ne demandons pas d'acte authentique. »

Malgré ces arguments, le Sénat a exigé l'acte authentique. Dans l'intervalle des deux délibérations, la Commission modifiant son premier projet et adoptant un

amendement de M. Léon Renault s'était prononcée en faveur de l'acte authentique.

Nous pensons que l'opinion de M. Léon Clément était la plus logique. Il s'agissait de compléter la loi de 1855. Or, cette loi ne s'appliquait pas à la renonciation extinctive et, puisqu'on avait l'intention de ne pas innover, il semblait naturel de ne pas exiger un acte authentique. Il fallait surtout ne pas perdre de vue que le but principal de la loi nouvelle était de diminuer les frais. Cependant la loi de 1889 exige un acte authentique et la principale raison invoquée en faveur de cette solution est la protection que la présence du notaire apportera à la femme. Sous ce rapport, nos législateurs n'ont guère tenu compte du changement survenu dans les mœurs depuis le commencement du siècle. A cette époque, les notaires étaient toujours les confidents, les conseillers des familles. Maintenant le notaire n'est souvent considéré que comme un officier public auquel les parties ont recours quand la loi les y oblige ou quand elles croient son ministère obligatoire. Il arrive qu'il ne connaît pas les parties et qu'il ne les reverra jamais. Il ne connaît pas davantage les affaires de la famille. Comment alors se rendra-t-il compte s'il est plus avantageux pour la femme de procurer du crédit à son mari ou de conserver son hypothèque ?

Enfin, ce qu'il y a de plus curieux, c'est que les notaires eux-mêmes, dans leur pétition adressée au Sénat en 1866, pétition tendant à faire compléter la loi de

1855, signalaient « les perturbations qui seraient apportées dans les habitudes des transactions » si on exigeait l'acte authentique.

Du reste, si le législateur avait tellement en vue la protection que le notaire peut apporter à la femme, il aurait dû exiger sa présence réelle à l'acte. Du texte, en effet, il résulte que le notaire n'a pas besoin de concourir personnellement à la rédaction de l'acte.

On doit noter que l'acte sous-seing privé contenant renonciation peut recevoir l'authenticité. Il en sera ainsi lorsque la femme, autorisée de son mari, le déposera chez un notaire qui le mettra au rang de ses minutes. On ne peut refuser à la femme de donner ainsi à cet acte l'authenticité alors que ce principe est admis pour l'acte sous-seing privé qu'on veut faire servir à une constitution d'hypothèque. « On doit cependant accorder à un acte sous-seing privé contenant constitution d'hypothèque l'effet d'un acte notarié, lorsque... le débiteur en le déposant entre les mains d'un notaire en a fait régulièrement constater le dépôt, soit en présence, soit en l'absence du créancier (1). » Toutefois, il est bon de remarquer que, dans ce cas, la renonciation ne produira ses effets que du jour où l'acte deviendra authentique par le dépôt. Donc, les cessions consenties par la femme, dans l'intervalle compris entre la rédaction de l'acte sous-seing privé et le dépôt chez le notaire, ces-

1. Aubry et Rau, III, § 266. 2 et note 43.

sions régulièrement inscrites par les cessionnaires, seraient opposables à l'acquéreur.

Le notaire n'est pas seul à pouvoir donner l'authenticité, les autorités administratives ont également ce pouvoir. « En vertu des dispositions spéciales de l'article 14, « titre II, de la loi des 28 octobre-5 novembre 1790 et de « l'article 3 de celles du 4 mars 1793, les actes des « autorités administratives, relatifs à la gestion des « biens domaniaux et aux marchés faits au nom de « l'Etat avec des fournisseurs, entrepreneurs ou ouvriers, « sont susceptibles de contenir des constitutions d'hypothèque pour sûreté des engagements contractés envers « l'Etat » (1).

Donc depuis la loi de 1889, la renonciation est un acte solennel. Le § 2 décide que la renonciation n'est valable que si elle est contenue dans un acte authentique. Désormais, si elle est consentie par acte sous-seing privé, elle est frappée d'une nullité absolue et aucune confirmation postérieure ne pourrait lui faire produire quelque effet. Tel est le principe posé par la loi. Nous croyons que dans la pratique, il peut présenter de grandes difficultés. Le Code civil permet à la femme de contracter par acte sous-seing privé une obligation quelconque ; avec l'autorisation de son mari, elle peut prendre tous les engagements, même les plus onéreux. Or, certains de ses engagements peuvent aboutir à une véritable renonciation à l'hypothèque légale.

1. Aubry et Rau, III, p. 276 et note 55.

Avant la loi de 1889, au point de vue de l'hypothèque légale, il n'y avait aucune différence entre la renonciation par la femme à son hypothèque et l'acte par lequel elle se portait garante de la vente d'un immeuble de son mari.

Depuis la loi de 1889, lorsque la femme se porte, par acte sous-seing privé, garante de la vente d'un immeuble de son mari, on se trouve en présence de deux principes opposés. — D'après le paragraphe deuxième de cette loi, est inefficace toute renonciation de la femme qui n'est pas contenue dans un acte authentique. — D'après le Code civil, la femme peut, par acte sous-seing privé se porter garante, et en conséquence, elle ne peut invoquer son hypothèque légale pour évincer.

On a soutenu que la femme n'a aucun intérêt à se prévaloir de la nullité puisqu'alors elle serait tenue comme garante. M. Clément disait en ce sens, devant le Sénat, que, malgré la loi exigeant l'authenticité, la femme pourrait renoncer, en se portant par acte sous seing privé garante de la vente de l'immeuble de son mari, car si elle invoque la nullité de la renonciation, son obligation de garantie l'obligera à indemniser. « Je suppose que la
« femme s'oblige par un acte sous seing privé et que,
« comme c'est aussi la pratique à peu près constante,
« elle s'oblige conjointement et solidairement avec son
« mari à garantir l'immeuble vendu. Eh bien, cette obli-
« gation de la femme, allez-vous l'annuler? Je ne crois
« pas que vous puissiez aller jusque-là. La femme s'est

« obligée : son mari a vendu un immeuble de 100.000 fr.
« et elle a garanti à l'acheteur la propriété de cet im-
« meuble. Si l'acheteur est évincé, la femme sera obli-
« gée de lui rendre ces 100.000 fr. Par conséquent, pour
« les cas où la femme donnerait son concours à l'acte et
« où il n'y aurait qu'une renonciation implicite, ce que
« vous aurez fait en exigeant l'authenticité ne peut nuire
« en rien à la faculté que la femme conserve de s'obli-
« ger par acte sous seing privé à garantir une vente faite
« par son mari et par conséquent encore, vous ne pro-
« tégez nullement la femme ; non, elle se trouve obligée
« de la même manière » (1).

Le raisonnement de M. Clément n'est pas en tous points d'une exactitude absolue. Malgré son obligation sous seing privé, la femme n'a pas perdu son crédit hypothécaire. Or, il vaut mieux être tenu d'une obligation personnelle qu'abdiquer une garantie hypothécaire capable de procurer à son bénéficiaire un nouveau crédit.

Donc, il n'est pas rigoureusement exact de dire que la femme n'a aucun intérêt à invoquer la nullité de la renonciation par acte sous seing privé, car, en vertu de cette nullité, elle a pu céder son hypothèque à d'autres et procurer ainsi du crédit à son mari. Il est vrai que l'acquéreur a contre elle un recours en garantie, mais il perd son immeuble et peut subir un préjudice.

1. Séance Sénat, 29 octobre 1888, *Journal officiel*, p. 1391-1392.

Dispositions particulières à la renonciation tacite.

Avant la loi de 1889, la renonciation tacite n'était soumise à aucune forme, les tribunaux se montraient en général assez rigoureux pour l'acquéreur, considérant qu'on ne doit pas facilement présumer l'abandon d'un droit aussi important que l'hypothèque légale de la femme mariée. Donc, toutes les fois que l'intervention de la femme à l'acte d'aliénation pouvait avoir pour elle un intérêt quelconque, en dehors de la renonciation, on n'admettait pas la renonciation tacite. Si, au contraire, sa présence, son adhésion à l'acte ne pouvait présenter pour elle aucune utilité on ne pouvait alors expliquer son intervention que par sa volonté d'abandonner le bénéfice de son hypothèque légale et on admettait la renonciation tacite. C'est ainsi que la Cour de Lyon dans un arrêt du 6 mars 1880 (1) s'est contentée du simple mot « approuvé » mis au bas de l'acte et a déclaré que la renonciation de la femme était ainsi suffisamment exprimée.

La jurisprudence des tribunaux s'inspirait des traditions de l'ancien droit et remontait jusqu'au droit romain. « Le créancier usant de ses droits, qui consent à l'aliénation de la chose hypothéquée est censé remettre tacitement son droit d'hypothèque sur cette chose :

1. Sirey, 1881.1.473, sous Cassation, 22 nov. 1880.

« *creditor qui permittit rem venire pignus demittit* (L. 158 « Dig. ; de Reg. juris) ». La raison de cette présomption est que ce consentement du créancier à la vente de la chose qui lui est hypothéquée ne peut paraître intervenir pour autre fin que pour la décharge de son hypothèque, puisque le débiteur n'avait pas besoin de ce consentement pour vendre la chose (1).

MM. Aubry et Rau (2) ont posé en principe que la seule intervention fait présumer la renonciation. « La femme « qui a concourru à la vente passée par le mari d'im- « meubles à lui appartenant, ou de conquêts de com- « munauté, est en général censée avoir renoncé, en faveur « de l'acquéreur, à l'exercice de son hypothèque légale « sur les biens formant l'objet de la vente ». Et dans la note, ils reconnaissent qu'il en serait autrement si la femme avait un intérêt personnel à figurer au contrat de vente.

Le législateur de 1889, dont une des plus grandes préoccupations semble avoir été de protéger la femme, ne pouvait pas admettre cette absence de formes dans la renonciation. Elle pouvait ne pas avoir compris la gravité de l'acte qu'elle consentait, ni prévu toutes ses conséquences. En outre, il trouvait dangereuse cette liberté d'appréciation laissée aux tribunaux et a cru prudent de limiter lui-même les actes qui vaudraient renonciation. « En l'absence de stipulation expresse, la renon-

1. Pothier, Introduction au titre des arrêts, p. 659.

2. Aubry et Rau, III, 288 *bis*.

« ciation par la femme à son hypothèque légale ne pourra
« résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si
« elle stipule soit comme covenderesse, soit comme ga-
« rante ou caution de son mari ? »

Cette limitation n'est pas heureuse, aussi n'avait-elle pas été admise par la Chambre des députés qui se contentait du simple concours. La Commission du Sénat, dont l'avis était combattu par M. Clément, pensait que sa rédaction donnait plus de garanties aux tiers et était toute matière à discussion. « La Commission n'a pas
« pensé que ce simple concours pût suffire.... Elle a
« pensé que ce simple concours offrirait toujours ma-
« tière à discussion, soulèverait des appréciations qui
« pourraient être diverses suivant les cas, suivant les
« tribunaux auxquels il serait posé : qu'il n'offrirait par
« conséquent aucune certitude.... elle a pensé que les
« tiers qui traitent avec la femme ont besoin de savoir
« si elle a renoncé à son hypothèque légale, et que si
« cette renonciation résulte de circonstances qui peuvent
« être diversement appréciées, il n'y aura pour les tiers
« qui consulteront le registre des transcriptions et qui
« verront l'acte de vente contenant un simple concours,
« aucune espèce de sécurité.... elle a pensé que ce sim-
« ple concours ne suffisant pas il fallait qu'il se tradui-
« sît par une obligation nette, précise, formelle de la
« femme.... celle de co-venderesse, de garante à la
« vente » (1).

1. M. Merlin, rapporteur, *Journal officiel* du 6 février 1888, p. 108.

M. Clément a vivement combattu le texte de la Commission qui établit des règles différentes lorsqu'il s'agit d'un créancier ou d'un acquéreur. « La femme peut renoncer à son hypothèque légale au profit des créanciers de son mari et au profit de ses propres créanciers à elle. Elle peut également y renoncer au profit d'un acquéreur de son mari. Eh bien, est-il possible d'imposer à l'une de ces conventions des conditions qui ne seraient pas imposées à l'autre ? Cela ne me paraît pas possible !

Et insistant sur le manque d'homogénéité que présenterait la loi si l'on adoptait le texte de la Commission, M. Clément adjurait le Sénat de « mettre la loi en harmonie avec les principes généraux de la loi de 1855 » (1).

En fait, actuellement le paragraphe premier et le paragraphe cinquième nouveau de l'article 9 de la loi de 1855 ne s'accordent plus. Lorsque le mari contracte une obligation hypothécaire sur ses biens et que la femme intervient à l'acte, les tribunaux apprécient souverainement si le concours de la femme emporte subrogation à son hypothèque légale. D'autre part, lorsque la femme renoncera au profit d'un acquéreur, les tribunaux ne peuvent apprécier la portée du concours de la femme que si cette dernière est intervenue sous certaines qualités.

Le législateur qui a voulu préciser la forme de la re-

1. Séance Sénat du 6 février 1888. *Journal officiel*, p. 114, 115, 116.

nonciation tacite en vue d'éviter les difficultés d'interprétation du consentement de la femme n'a peut-être pas atteint le résultat cherché.

Autrefois les tribunaux examinaient simplement, si, en dehors de la renonciation, la femme avait dans le contrat un intérêt qui expliquât son intervention ; en ce cas, il n'y avait pas de renonciation tacite. Depuis la loi de 1889, ils ont d'abord à examiner si la femme a pris la qualité de covenderesse, garante ou caution. En quels termes devra être rédigé le contrat pour qu'on puisse lui attribuer une de ces qualités ? Puis, si le tribunal reconnaît qu'elle a bien pris une de ces qualités en dehors desquelles, dit la loi, il ne peut y avoir renonciation, alors il y aura un nouvel examen à faire sur le point de savoir si la femme a bien entendu renoncer. Car la loi dit bien que la qualité de covenderesse, garante ou caution est une condition nécessaire ; mais elle ne dit pas que ce soit une condition suffisante.

En sorte que le législateur de 1889 est venu compliquer le procès sur la matière sans diminuer le pouvoir d'appréciation du juge. D'autant plus que si le texte semble très clair, la discussion au Sénat peut faire naître des doutes. En effet, dans la séance du 6 février, M. Clément a posé ainsi la question : La femme qui n'a pas expressément déclaré qu'elle renonçait, qui en outre n'a pris dans l'acte ni la qualité de covenderesse, ni celle de caution ou de garante, mais qui a assisté à la rédaction de cet acte, qui l'a signé et approuvé, sera-t-elle, sous l'em-

pire de la loi nouvelle, oui ou non considérée comme ayant implicitement fait remise de son hypothèque ? M. Merlin, rapporteur, déclare que non... à moins que d'autres circonstances, jointes à son approbation, n'établissent qu'elle avait réellement l'intention de faire cet abandon (1).

On répond à ceci que la renonciation ne pouvant avoir lieu que dans un acte authentique le notaire ne manquera pas de se servir des expressions *covenderesse*, *garante*, ou *caution* afin qu'il n'y ait aucun doute sur l'étendue du consentement de la femme.

Nous devons en effet reconnaître que le législateur atteindra ordinairement le but qu'il se propose. Le notaire préviendra la femme des conséquences de son consentement ou il ne l'avertira pas ; mais, tenant à ce que l'acte produise bien ses effets, il lui fera déclarer qu'elle renonce ou se servira des expressions *covenderesse*, *garante*, *caution*. Dans ce dernier cas l'attention de la femme sera attirée et le but du législateur indirectement atteint.

La renonciation tacite résulte toujours d'une obligation personnelle de la femme vis-à-vis de l'acquéreur.

D'après le paragraphe deuxième, que cette renonciation soit expresse ou tacite, elle doit toujours être faite dans un acte authentique.

Mais la vente, la garantie, le cautionnement sont des actes purement consensuels qui ne sont soumis à aucune

1. Séance Sénat, 6 février 1888. *Journal officiel*, p. 116.

formalité. Donc, si la femme prend ces qualités dans un acte sous seing privé, il n'y aura pas extinction de l'hypothèque, car la loi de 1889 déclare inefficace toute renonciation qui n'est pas contenue dans un acte authentique. Néanmoins, nous l'avons vu, l'obligation de la femme peut produire certains effets.

Publicité exigée par la loi du 13 février 1889.

Si nous avons dit que les innovations de la loi de 1889 pouvaient laisser à désirer en ce qui concerne l'authenticité et les conditions spéciales à la renonciation tacite, nous devons reconnaître que le législateur a été très bien inspiré sous le rapport de la publicité à donner à la renonciation, en exigeant la transcription de l'acte d'aliénation contenant la renonciation, ou la mention en marge de la transcription, si l'on a renoncé dans un acte distinct.

Sur la question de publicité, la discussion a été assez vive au Sénat. Dans la séance du 6 février 1888, M. Clément exposait que, selon lui, lorsque la femme renonce dans un acte autre que l'acte même d'aliénation, c'est sur le registre des inscriptions que doit être mentionné cet acte (1).

M. Cazot (2), poussant plus loin les choses, demandait

1. *Journal officiel*, 6 février 1888, p. 110.

2. *Journal officiel*, 6 février 1888, p. 111.

par analogie avec l'article 2108 (privilège du vendeur) l'obligation pour le conservateur de prendre inscription.

M. Griffe (1) aurait voulu obliger l'acheteur à faire mentionner la clause de renonciation en marge de la transcription de l'acte d'aliénation.

M. Boulanger, ancien directeur général de l'enregistrement, tout en reconnaissant qu'en théorie pure c'est le registre des inscriptions qu'il faudrait choisir, combattait ce moyen de publicité. Il mettait en lumière « les difficultés très graves et très sérieuses » qui résulteraient de son adoption :

« Tout d'abord l'acquéreur aura l'obligation de faire inscrire l'hypothèque et immédiatement il devra la faire rayer ».

Ensuite, ce sera surcharger encore le registre des inscriptions et « risquer ainsi d'apporter le trouble dans le service hypothécaire ».

Les frais enfin seront trop élevés.

M. Boulanger faisait remarquer « qu'il s'agit uniquement de purger le droit de suite..... est-ce que ce n'est pas la transcription qui commence la purge ?..... Je crois donc qu'au point de vue du droit de suite, il est plus naturel et plus conforme à la pratique et aux besoins du service que la transcription soit faite sur le registre des transcriptions » (2).

1. *Journal officiel*, 6 février 1888, p. 113.

2. *Journal officiel*, 6 février 1888, p. 112.

M. Boulanger a eu raison d'insister sur ce point que, puisqu'on voulait éviter les frais et les complications, il fallait se contenter de la transcription. Puis, n'est-il pas absolument illogique de rendre public un droit qui n'existe plus ; d'inscrire une hypothèque éteinte pour pouvoir demander la radiation immédiatement après ? Le point capital est de donner aux tiers le moyen de s'assurer que la femme peut encore céder valablement son droit d'hypothèque. L'acte de vente qui contient la renonciation de la femme étant transcrit, ils n'ont qu'à consulter le registre. S'il est vrai que parfois ils auront un peu de peine à découvrir, dans un acte long et compliqué, la clause de renonciation, il n'en sera pas toujours ainsi. Puisque le législateur demandait un acte authentique, il devait logiquement avoir confiance dans la rédaction du notaire et cette clause sur la portée de laquelle on doit éclairer la femme ne peut manquer d'attirer l'attention de celui qui traitera avec elle. On aurait pu éviter cette difficulté aux tiers en imposant aux conservateurs l'obligation de faire mention de cette renonciation en marge du registre des transcriptions, mais c'était encore augmenter la responsabilité des fonctionnaires et nous pensons que le Sénat a eu raison de simplifier. Les tiers ont intérêt à s'assurer que la garantie qui leur est offerte par la femme est bonne : on peut leur demander de se montrer diligents, et il leur est facile, en cas de difficulté de demander conseil.

Le paragraphe premier de la loi du 13 février 1889 est

ainsi conçu : « La renonciation par la femme à son hypothèque au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque en emporte extinction et vaut purge à partir de la transcription soit de l'acte d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct. »

La lecture de ce texte pourrait faire supposer que la transcription est nécessaire pour rendre la renonciation valable même à l'égard de l'acquéreur. Néanmoins cette publicité n'est requise que pour rendre la renonciation efficace à l'égard des tiers. L'acte est valable entre la femme et l'acquéreur indépendamment de toute publicité M. Merlin le déclarait dans son rapport au Sénat : « En ordonnant la transcription.... ou la mention.... on organise une publicité qui met les tiers à l'abri de toute surprise » (1).

Cette loi dispense l'acquéreur de subir les frais et les lenteurs de la purge légale, elle met les tiers à l'abri des fraudes de la femme qui, après avoir renoncé à ses droits d'hypothèque en faveur de l'acquéreur, pouvait céder à des tiers ces mêmes droits qu'elle n'avait plus, sans que dans certains cas les cessionnaires puissent se mettre à l'abri de cette fraude. Avant la loi de 1855, ils n'avaient aucun moyen de parer à ce danger. Depuis la loi de 1855

1. Rapport officiel de M. Merlin, 27 janvier 1858, n° 37, p. 9.

ils pouvaient se renseigner par le registre des transcriptions, lorsque la renonciation était contenue dans l'acte d'aliénation, mais ils ne trouvaient rien quand la renonciation avait lieu dans un acte séparé.

En résumé la renonciation de la femme n'est que le complément de la vente ; elle complète la propriété de l'acquéreur en consolidant le transfert. Il est donc logique de la faire mentionner sur le registre des transcriptions plutôt que sur celui des inscriptions. Le seul inconvénient est d'obliger les tiers, qui veulent traiter avec la femme relativement à son hypothèque légale, à consulter les deux registres : celui des inscriptions qui les renseignera sur les cessions et celui des transcriptions qui les avertira des renonciations à l'hypothèque légale, sur les immeubles aliénés par le mari.

La nouvelle loi n'a fixé aucun délai dans lequel l'acquéreur devrait transcrire ou mentionner la renonciation, mais il y a intérêt pour lui à ce que les conditions de publicité requises par la loi soient remplies le plus vite possible. Si la femme, en effet, venait à céder son hypothèque et qu'inscription fût prise, avant la transcription, par les cessionnaires, le droit de ces derniers serait opposable à l'acquéreur. Ce dernier ne pourrait soutenir que les cessionnaires n'avaient pas lieu de compter sur l'immeuble parce qu'ils avaient connaissance de la renonciation. Ceux-ci lui répondraient qu'ils étaient présumés l'ignorer puisqu'elle n'avait pas été publiée conformément à la loi. La conséquence est que si l'acquéreur a

payé le prix comptant, il sera obligé de payer une deuxième fois sauf son recours contre la femme. S'il n'a pas encore payé, il a la ressource d'offrir son prix au cessionnaire qui peut refuser, exercer son droit de surenchère et dépouiller ainsi l'acquéreur de son immeuble.

D'après le paragraphe cinquième de la loi de 1889, la transcription s'applique aussi bien à la renonciation translatrice, emportant subrogation, qu'à la renonciation simplement extinctive. Toutefois, l'inscription prescrite par l'article 9 de la loi de 1855 deviendrait exigible, dans le cas où il y aurait subrogation sur d'autres immeubles.

Qui peut opposer le défaut de publicité ? Le projet du gouvernement et celui de la Commission de la Chambre portaient : « La transcription ou la mention ainsi opérée » sont opposables à tous les créanciers subrogés par la « femme dans ces droits hypothécaires qui.... » Dans la rédaction adoptée par la Commission de la Chambre et contenue dans le rapport déposé par M. Bernier, dans la séance du 27 mars 1886, cette mention explicative a été considérée comme superflue et supprimée (1).

Nous pensons que de cette modification dans la rédaction, on doit tirer la conséquence que le défaut de publicité peut être opposé par tous les tiers intéressés, notamment par les créanciers hypothécaires du mari, inscrits avant la renonciation, mais primés par l'hypothèque légale de la femme. Vis-à-vis d'eux, la renonciation a un

1. Rapport officiel de M. Bernier, 27 mars 1886, p. 11-12; n° 583.

effet translatif et l'acquéreur peut exercer le droit de préférence attaché à l'hypothèque que la femme lui a transmis. Mais si l'acquéreur n'a pas transcrit, il peut être écarté par les créanciers hypothécaires du mari, inscrits avant l'aliénation, car, pour eux, il n'est pas valablement subrogé.

Alors voilà l'acquéreur écarté par les créanciers hypothécaires du mari par le motif que la renonciation ne vaut rien. C'est bien là, en effet, leur prétention. Mais si cette renonciation n'a aucune valeur, la femme n'a pas perdu son droit d'hypothèque légale et elle peut le faire valoir contre eux. Alors, l'acquéreur, qui a la femme pour obligée, et qui peut exercer les droits de sa débitrice, pourra faire valoir l'hypothèque légale de la femme.

On ne voit donc plus l'intérêt qu'auraient les créanciers du mari. L'intérêt ne naîtrait en leur faveur que si la femme, après avoir renoncé au profit de l'acquéreur, renonçait également au profit des créanciers de son mari.

Le défaut de transcription ne pourrait cependant pas être opposé par les créanciers chirographaires de la femme. La femme ayant renoncé à son hypothèque ne peut opposer le défaut de transcription : les créanciers ne sauraient avoir plus de droits que leur débitrice. Ils sont tenus de respecter les actes d'aliénation consentis par elle, ils doivent donc également respecter ses actes de renonciation en faveur d'un acquéreur et ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription.

Effets de la renonciation de la femme à son hypothèque
légale d'après la loi de 1889

Les effets produits par la renonciation de la femme varient, suivant que l'hypothèque légale de celle-ci grève seule l'immeuble aliéné, ou qu'au contraire, elle se trouve en concurrence avec des créances hypothécaires. Nous allons examiner successivement ces deux hypothèses.

1° *Il n'existe pas sur l'immeuble aliéné d'autre hypothèque que celle de la femme.* — Aux termes du paragraphe premier de la loi du 13 février 1889 : « La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque en emporte extinction et vaut purge. Les mots « en emporte extinction » sont inexacts car l'hypothèque comprend deux droits, le droit de suite et le droit de préférence. Or, le premier seul est éteint, le deuxième subsiste. Cela ressort des travaux préparatoires et des mots suivants du texte « et vaut purge ». Tel était du reste le but de la réforme sollicitée par le notariat. Dans les différents projets déposés et dans les rapports, on insiste sur la nécessité de déclarer que la renonciation vaut purge, afin de remplacer cette procédure longue et coûteuse qui seule mettait l'acquéreur à l'abri de tout ennui, par une formalité beaucoup plus simple et offrant, de l'avis presque unanime, des garanties bien suffisantes.

Etant établi que cette renonciation vaut purge, il nous faut examiner quels sont les effets de celle-ci. Le Code civil prévoit deux cas et prescrit pour chacun une procédure différente, suivant que l'hypothèque a ou n'a pas été inscrite avant la transcription de l'acte d'aliénation.

Les articles 2181 et suivants réglementent la purge des hypothèques inscrites ; les articles 2193 et suivants celle des hypothèques non inscrites.

Donc, quand l'acquéreur se conforme aux prescriptions du Code civil et remplit toutes les formalités indiquées dans ces articles, il libère son immeuble. Dans quelle situation se trouve-t-il alors personnellement ? Si l'hypothèque de la femme a été inscrite avant la transcription, alors l'acquéreur se conforme aux articles 2181 et suivants et le droit de la femme sur l'immeuble se transforme en une créance sur le prix : le droit de suite est éteint, le droit de préférence seul est maintenu.

« Quand un tiers acquéreur use de la faculté qu'il a
« de purger les biens par lui acquis, il arrive sans doute
« que ces biens sont dégagés et restent libres entre ses
« mains ou affranchis des hypothèques qui les grevaient
« du chef des précédents propriétaires, mais le droit au
« prix, c'est-à-dire le droit de préférence, subsiste en-
« core au profit des créanciers qui sont dans le cas d'y
« prétendre » (1).

Si l'hypothèque n'a pas été inscrite avant la transcrip-

1 Pont, Privil. et hypothèques, n° 1240.

tion, l'acquéreur se conforme alors aux articles 2193 et suivants. La femme peut encore pendant deux mois (C. c. 2195) inscrire son hypothèque; les effets de la purge sont dans ce cas les mêmes que si l'inscription avait été prise avant la transcription de l'acte d'aliénation. Lorsque la femme n'a pris aucune inscription dans ce délai, le droit de suite est éteint et de plus le droit de préférence ne subsiste que sous certaines conditions.

Le législateur semble avoir voulu placer l'acquéreur en faveur duquel la femme a renoncé, exactement dans la même situation que s'il avait accompli les formalités de la purge légale sans que la femme ait pris inscription dans le délai de deux mois de l'article 2195.

M. Dalmbert ne veut pas de cette interprétation. D'après lui « la renonciation au profit de l'acquéreur a pour « effet non d'éteindre le droit de suite, mais de détacher « l'hypothèque légale de l'immeuble qu'elle affranchit et « de la reporter sur les prix qui, par une fiction légale, « devient au respect de la femme la représentation de « l'immeuble » (1).

Il ne peut du reste y avoir aucun doute sur le maintien du droit de préférence, car le paragraphe quatrième déclare : « Toutefois la femme conserve son droit de préférence sur le prix ».

La femme ayant renoncé à son hypothèque ne peut

1. Dalmbert, *Traité théorique et pratique de la purge des privilèges et hypothèques*, p. 354.

plus valablement céder son droit de suite : si elle le cède et que le créancier cessionnaire fasse inscrire la subrogation, le tiers acquéreur peut faire rayer cette inscription.

La solution de la loi nouvelle est très rationnelle. Elle repose sur cette idée très juste que l'acquéreur n'ayant pas payé son prix n'a pas d'intérêt sérieux à réclamer autre chose que l'extinction du droit de suite qui pourrait permettre à la femme de contester plus tard le prix d'acquisition.

Les pétitions émanées des notaires, de même que les premiers projets soumis aux Chambres ne parlaient pas du droit de préférence. On s'en rapportait aux règles suivies pour l'interprétation des principes.

C'est la commission du Sénat qui a cru nécessaire d'en parler. Elle proposait d'insérer dans la loi la mention suivante : « Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix, conformément aux articles 717 et « 772 du Code de procédure civile » (1).

Avant la loi de 1858 qui réorganisa la procédure d'ordre, la Cour de cassation avait décidé que la purge faisait perdre à la femme le droit de suite et le droit de préférence. La loi de 1858 conserve le droit de préférence à titre temporaire, et donne à la femme un délai assez court pour le faire valoir.

Au cours de la première délibération devant le Sénat,

1. Rapport officiel Merlin, Sénat 27 janvier 1888, p. 18.

M. Lacombe déposa deux amendements tendant à supprimer d'une part le renvoi à l'article 772 du Code de procédure et d'autre part à faire insérer dans la loi que « le « consentement de la femme au paiement du prix ou son « concours à l'acte contenant quittance emportera de « plein droit subrogation au profit de l'acquéreur et lui « permettra d'exercer vis-à-vis des créanciers inscrits le « droit de priorité que possédait la femme ».

M. Lacombe a expliqué dans la séance du 7 février 1888 que s'il demandait la suppression du renvoi à l'article 772 c'était pour ne pas exposer la femme à perdre son droit de préférence par le fait qu'un ordre ne serait pas ouvert dans les trois mois.

Ces amendements donnèrent lieu à un examen de la Commission qui y apporta quelques modifications et déposa une nouvelle rédaction qui a été adoptée et est devenue le texte actuel de la loi (1).

M. Dalmbert veut que ce droit de préférence soit un droit nouveau, une transformation du droit de suite.

Nous pensons qu'il n'y a pas de droit nouveau, mais que la femme, ayant perdu un des éléments de son hypothèque légale, le droit de suite, conserve l'autre, le droit de préférence.

Ce droit de préférence de la femme renonçante peut être exercé pendant trente ans, car le législateur n'a rien fixé à cet égard. La femme dans ce cas, est mieux traitée

1. Rapport Merlin, Sénat 25 mai 1888.

que sous le régime de la purge, car l'article 2194 ne lui donne que deux mois pour prendre inscription. « Tant
« que la prescription trentenaire n'est pas accomplie,
« l'acquéreur ne peut se libérer valablement qu'avec le
« consentement de la femme ou en se conformant aux
« prescriptions d'un ordre amiable ou judiciaire fait et
« cloturé régulièrement » (1).

En cas d'insolvabilité de l'acquéreur, la femme ayant perdu le droit de suite, ne peut plus agir par voie de saisie immobilière, ni suivre la procédure de folle-enchère « elle n'a plus qu'une action personnelle contre l'acquéreur... » (2).

On a dit que ce droit de préférence dont l'exercice n'est limité que par la prescription trentenaire, offrait des inconvénients au point de vue du crédit, l'acquéreur ne pouvant se dessaisir du prix sans le consentement de la femme. D'autre part, les tiers qui traiteront avec l'acquéreur ne pourront-ils pas être trompés? Nous pensons qu'avec un peu d'attention, ils sont à l'abri de tout danger. En consultant le registre des transcriptions, ils sauront si le prix a été payé au moment de la renonciation. M. Lacombe au Sénat invoquait la nécessité « de
« ne pas priver la femme de son droit de préférence par
« la simple expiration d'un délai et sans qu'elle ait été
« mise en demeure de le faire valoir » (3).

1. Dalmbert, p. 356, n° 14, *op. cit.*

2. Dalmbert, p. 355, n° 13, *op. cit.*

3. Sénat, *Journ. off.*, 7 fév. 1888, p. 123.

Avant la loi du 13 février 1889, la question de savoir si la renonciation de la femme permettait à l'acquéreur de payer le prix au mari vendeur, sans l'intervention de celle-ci était fort discutée.

La jurisprudence donnait des solutions variées. « Si « l'on admettait que le mari, en cédant le prix, peut le « soustraire aux droits de la femme, on arriverait à cette « conséquence que les effets de l'hypothèque légale peuvent être si facilement anéantis qu'elle ne constituerait plus qu'une sûreté dérisoire ». Tel était l'avis de la Cour de Dijon qui constate que la femme peut prendre inscription pour conserver son droit de préférence et qu'elle ne peut être obligée de donner main levée. Mais la Cour ne donne pas les motifs de sa décision (1).

Auparavant, la Cour d'Amiens avait exprimé un avis contraire. La renonciation devait non seulement purger l'immeuble du droit de suite, mais encore « autoriser le « mari à disposer des fonds provenant de la vente » (2).

Dans le sens de la Cour d'Amiens, on rencontre l'opinion de M. Paul Pont, d'après laquelle le droit de préférence subsiste au profit de la femme, tant que le prix reste entre les mains de l'acquéreur ou n'a pas été l'objet d'un transport ou d'une cession régulièrement faits.

On a dit aussi que si on refuse au vendeur le droit de se faire payer, c'était lui refuser indirectement le droit de vendre.

1. Dijon, 17 nov. 1876 et note sous arrêt. Sirey, 1877. 2. 261.

2. Amiens, 3 mars 1853, *Journal du Palais*, 1853. 1. 691.

Il nous semble que cette dernière opinion est un peu exagérée. On n'enlève pas au mari le droit de vendre. La vérité est que le mari a sur la communauté des droits d'administration presque identiques à ceux d'un propriétaire, mais que cette quasi-propriété est grevée d'un droit réel : l'hypothèque légale de la femme. Du reste, la solution est la même lorsque le mari vend un de ses propres au lieu d'un bien de communauté, et cependant il agit alors comme propriétaire et non comme administrateur. La question se pose donc de savoir, non pas si le mari vendeur peut toucher le prix, mais bien si l'acquéreur peut le lui payer valablement.

La loi de 1889 est venue trancher la question, en décidant que le paiement ne peut avoir lieu sans le consentement de la femme. « Toutefois la femme conserve son « droit de préférence sur le prix mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix « par lui payé de son consentement ».

L'acquéreur aurait donc mal payé s'il avait versé son prix entre les mains du mari sans le consentement de la femme, et il serait exposé à une répétition de la part de celle-ci. C'est ce que M. Merlin constate dans la partie de son rapport relative à l'amendement de M. Lacombe, amendement qui a été adopté : « ... le consentement de « la femme au paiement du prix sera nécessaire pour « mettre l'acquéreur à l'abri de toute réclamation de la « part de cette dernière (1). »

1. Rapport supplémentaire Merlin au Sénat, 25 mai 1888, p. 3.

L'interprétation donnée par la loi nous semble très rationnelle, car il faut admettre que la femme ayant le droit de refuser absolument son consentement peut faire des réserves sur l'étendue de ce dernier. Du reste, cette interprétation légale, loin de nuire aux intérêts du mari, lui est au contraire très favorable, car la femme renoncera d'autant plus volontiers à son hypothèque légale que cette renonciation lui sera moins préjudiciable.

Si le droit de préférence lui est conservé, elle n'éprouvera le plus souvent aucun préjudice, l'immeuble étant presque toujours vendu à sa valeur : le droit de suite ne lui procurerait en plus que l'avantage de contester le prix.

En résumé, le législateur donne toute sécurité à l'acheteur en ne diminuant presque pas la garantie de la femme.

Mais quelle est au juste l'étendue de ce droit de préférence ? — Dans les hypothèses prévues par les articles 717 et 772 du Code de procédure et 2194 du Code civil, un délai très court éteint définitivement le droit de préférence de la femme et l'acquéreur peut payer valablement. — Dans l'hypothèse prévue par la loi de 1889, l'acquéreur ne pouvant plus payer valablement sans le concours de la femme devient en réalité débiteur personnel du prix vis-à-vis de celle-ci. C'est une dérogation au principe en vertu duquel le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à une dette cesse d'être tenu lors-

qu'il vient à être dessaisi de l'immeuble. Le droit de préférence de la femme peut alors durer aussi longtemps que celui d'un créancier hypothécaire inscrit, c'est-à-dire pendant trente ans.

La loi de 1889 impose-t-elle à la femme la nécessité de l'inscription pour la survivance de son droit de préférence et la conservation de son rang ? La question ne peut se poser qu'après la dissolution du mariage, car, pendant toute la durée de l'union conjugale, la femme en est dispensée. Mais, après la dissolution du mariage, doit-elle être assimilée à la veuve ?

Quand la femme renonce, son droit est analogue à celui d'un créancier hypothécaire inscrit : il est reporté sur le prix par suite de la purge et peut toujours être opposé à l'acquéreur.

Des doutes s'élèvent sur la question de savoir si l'hypothèque réduite à un simple droit de préférence doit être rendue publique. On cite à ce sujet le privilège du copartageant qui, d'après certains auteurs, peut valoir comme droit de préférence entre le quarante-cinquième jour de la vente et le soixantième, sous condition toutefois d'être inscrit. Peut-on dire que le droit d'hypothèque doive toujours être soumis à l'inscription, qu'on le fasse valoir comme droit de suite ou comme droit de préférence ? Si l'inscription se comprend pour le copartageant qui n'a pas d'autre moyen de conserver le droit qui lui reste, il n'en est pas de même pour la femme qui veut conserver son hypothèque légale. Avant la renonciation,

aucune publicité n'est requise, le rang se détermine indépendamment de toute inscription. Pourquoi cette formalité, inutile avant la renonciation, deviendrait-elle nécessaire après ?

La loi nouvelle ne prescrit aucune inscription et cependant au cours des débats, M. Boulanger avait attiré particulièrement l'attention du Sénat sur ce point.

Un arrêt de la Cour de Dijon du 17 avril 1876 (1) que nous avons déjà cité, admet cependant que le droit de préférence auquel peut se trouver réduite l'hypothèque légale de la femme est susceptible d'inscription.

M. Chavegrin est d'un avis contraire et estime que l'hypothèque légale ne doit pas être inscrite quand elle n'existe plus qu'à l'état de droit de préférence. « L'inscription ne s'applique qu'à l'hypothèque définie par « l'article 2114, c'est-à-dire au droit réel grevant les « immeubles pour garantir l'acquittement d'une obligation et les suivant dans quelques mains qu'ils passent, le droit ainsi caractérisé se prête seul à une inscription valable. Rigoureusement, si le droit de suite n'existe plus et si le créancier au lieu d'un droit réel sur l'immeuble n'a plus qu'un droit de préférence à réclamer sur le prix, on n'est plus en présence d'une hypothèque, dans l'acception que le législateur donne à ce terme ; or, pas d'hypothèque, pas d'inscription » (2).

1. Sirey, 77. 2. 261.

2. Note sous cassation, Sirey, 89. 1. 18.

Nous pensons que, n'ayant plus de droit réel d'hypothèque, la femme, après la renonciation, n'a pas à s'inscrire pour conserver son action sur le prix de l'immeuble. Il en résulte qu'après la dissolution du mariage la femme a le droit de se faire colloquer sur le prix, au rang de son hypothèque, sans avoir besoin de prendre une inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage.

La femme peut disposer de son droit de préférence comme elle disposerait de son hypothèque entière. La renonciation qu'elle fait à son droit de préférence en faveur de l'acquéreur est extinctive dans le cas où il n'y a pas de créanciers postérieurs. En effet, l'acquéreur ne peut rien faire du droit de préférence : l'extinction de ce dernier suffit à sa sécurité.

Cette renonciation au droit de préférence peut être expresse : la femme renonce alors avec le consentement de son mari.

Elle peut aussi être tacite et résulter de certaines circonstances. Le législateur de 1889 a prévu un cas : le paiement du prix entre les mains du mari avec le consentement de la femme : « Toutefois, la femme conserve
« son droit de préférence, mais sans pouvoir répéter
« contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui
« payé de son consentement. »

La loi de 1889 n'a soumis la manifestation de la volonté de la femme à aucune formalité. En visant le consentement donné par la femme à la quittance totale ou partielle, elle ne paraît pas supposer que cette quittance

doive être authentique ; il y a dès lors lieu d'appliquer le principe général qui autorise un acte sous-seing privé.

M. Tissier critique cette disposition de la loi, il déplore le manque d'harmonie qui existe entre les formalités imposées pour la renonciation au droit de suite et « l'absence complète de garantie quand il s'agit de renoncer au droit de préférence sur le prix... » (1).

Ce qui est certain, c'est que, ni le texte de la loi, ni les travaux préparatoires ne contiennent d'indications sur la forme de la renonciation.

Dès lors il faut revenir au droit commun et n'exiger aucune formalité. D'ailleurs « le paiement est un acte simple dont la femme saisira facilement les conséquences » (2).

M. Escorbiac estime qu'il faut un acte authentique. Nous pensons que cette opinion est exagérée. La loi de 1889 exige un acte authentique pour la subrogation à l'hypothèque légale (droit de suite et droit de préférence réunis) mais là, il n'y a plus d'hypothèque à proprement parler ; la renonciation à cette hypothèque a été faite et « la renonciation vaut purge ». Il ne reste plus qu'à abandonner le droit sur le prix, droit de créance contre l'acquéreur. Ainsi que le fait remarquer M. de Loynes : « l'acte authentique..... est indispensable quand la transmission du droit de la femme est l'objet..... im-

1. Tissier, *Revue critique*, p. 648.

2. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Privil.* t. II, p. 233.

« médiat de son consentement. Il n'en est pas ainsi dans
« notre cas ; ce que la femme autorise, c'est le paiement.
« La subrogation en est la conséquence, elle ne s'opère
« pas par la volonté de la femme, elle a lieu de plein
« droit en vertu de la loi » (1).

La fin du paragraphe quatrième dit que le consentement donné par la femme au paiement du prix ne peut nuire aux autres créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble : « sans préjudice du droit des autres créanciers
« hypothécaires ». Il n'y a extinction que dans la limite du consentement donné par la femme. Si elle ne consent qu'au paiement d'une fraction du prix, il n'y a que renonciation partielle, et, dans ses réclamations, elle devra en tenir compte vis-à-vis des autres créanciers du mari. C'est ce que M. Merlin a exposé dans son rapport supplémentaire : « Le consentement de la femme..... ne pourra
« porter préjudice aux droits des autres créanciers hy-
« pothécaires qui, dans l'ordre ouvert sur le prix, quoi-
« que partiellement ou totalement payé, pourront exiger
« que la femme déduise de sa production la somme re-
« présentant la partie du prix au paiement de laquelle
« elle aura consenti » (2).

La femme peut céder son droit de préférence à un créancier personnel ou à un créancier de son mari. M. Boulanger a attiré l'attention du Sénat sur ce point,

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, p. 234, *op. cit.*

2. *Rapport supplément.* Merlin, Sénat, 25 mai 1888, p. 3.

dans la séance du 6 février, mais son discours est resté sans réponse et la loi de 1889 ne soumet ces cessions à aucune formalité. Ces conventions ne tombent pas sous l'application de l'article 9 de la loi du 9 mars 1855, qui n'a eu en vue que la cession de l'hypothèque entière. Le paragraphe cinquième de la loi de 1889 ne vise que les cessions ou subrogations au profit du tiers acquéreur. Nous rentrons donc dans le droit commun : ce sont « des cessions uniquement soumises aux règles ordinaires des articles 1689 et suivants du Code civil » (1).

Donc il n'y a ni authenticité, ni publicité requises. Le rang se détermine entre les cessionnaires d'après la date des formalités prescrites par l'article 1690. Les motifs de cette solution sont donnés par un arrêt de la cour de Riom (2) : « L'inscription de l'hypothèque légale de la femme ne serait qu'une vaine formalité..... Le cessionnaire n'ayant pas le droit plus étendu que celui de sa cédante, ne peut, par la mention de sa subrogation en marge de l'inscription de ladite hypothèque acquérir un droit de préférence vis-à-vis des tiers ».

2° *Il existe sur l'immeuble aliéné des créances hypothécaires postérieures à celles de la femme.* — Lorsqu'il n'existe pas sur l'immeuble aliéné d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme, le paiement du prix fait avec son consentement fait disparaître complètement le droit de

1. Tissier, *Revue Critique*, p. 649.

2. Riom, 3 juillet 1888, sous Cassation, 6 juin 1887. Sirey, 81.

préférence dont l'utilité ne se fait plus sentir. Si, au contraire il existe des hypothèques postérieures, l'acquéreur peut avoir grand intérêt à invoquer le droit de préférence de la femme, car si les créanciers hypothécaires veulent réaliser leur gage, la subrogation ne l'empêchera pas de perdre l'immeuble, mais elle lui permettra de rentrer dans ses déboursés.

C'est cette situation de l'acquéreur que le législateur a voulu régler dans le paragraphe cinquième de la loi du 13 février 1889 : « Le concours ou le consentement donné par
« la femme soit à un acte d'aliénation contenant quittance
« totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale emporte même, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang ;
« mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers
« qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins
« que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe premier du présent article ».

Le législateur a eu certainement en vue la subrogation au droit de préférence, qui subsiste au profit de la femme quand elle a renoncé au droit de suite.

Si on n'adopte pas cette opinion, on doit reconnaître que la renonciation de la femme à son hypothèque légale peut résulter de son concours à l'acte de quittance et que cette renonciation est translatrice. Il y aurait alors deux espèces de renonciation. Mais le paragraphe pre-

mier dit que la renonciation au profit de l'acquéreur est extinctive, et le paragraphe troisième limite les actes qui peuvent faire présumer la renonciation tacite.

Aussi malgré les termes du paragraphe cinquième qui semble admettre la renonciation dans deux hypothèses bien distinctes : le concours dans l'acte d'aliénation et le concours dans l'acte de quittance, nous partageons absolument l'avis de M. Tissier d'après lequel la loi n'envisage dans son texte que la femme qui a déjà renoncé régulièrement à son hypothèque légale et qui en outre concourt à la quittance : « C'est bien certainement là l'hypothèse
« prévue par le paragraphe cinquième de la loi nouvelle,
« autrement il faudrait dire qu'il permet la renonciation
« subrogative sans aucune autre formalité que le concours
« à la quittance, ce qui serait en contradiction évidente
« avec les trois premiers paragraphes de la loi » (1).

Dans quelle forme a lieu la subrogation au droit de préférence en faveur de l'acquéreur ? La loi n'en dit rien. Cette subrogation n'est donc soumise à aucune condition de forme ni de publicité, pas plus que celle qui aurait été consentie par la femme à une autre personne. « En
« un mot la subrogation dont il s'agit est valablement
« faite par acte sous seing privé et devient opposable
« aux tiers aussitôt que l'acte qui la transforme a acquis
« date certaine » (2).

1. Tissier. *Revue Critique*, p. 651 et note.

2. Dalmbert, p. 362, *op. cit.*

Quelques auteurs prétendent que la subrogation ne peut résulter d'un acte sous seing privé, pour cette raison qu'elle porte sur un droit hypothécaire de la femme et qu'alors l'article 9 de la loi de 1855 devient applicable. Mais il y a une erreur : la subrogation dont nous parlons ne porte que sur le droit de préférence qui n'est pas le droit hypothécaire.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes ne voient pas la nécessité d'exiger un acte authentique. Car «... il ne
« s'agit ici ni de subrogation ni de renonciation à l'hypothèque légale, mais seulement d'un acte extinctif du
« droit de préférence » (1).

Telle est aussi notre opinion. Nous avons déjà blâmé le législateur d'exiger un acte authentique pour la renonciation, alors qu'on voulait, par cette loi, diminuer les frais de vente des petits immeubles. Nous ne pouvons donc admettre qu'on puisse les augmenter sans un texte formel. Nous pensons même que les tribunaux devront se montrer très larges dans l'application des faits qui peuvent faire présumer le consentement de la femme.

Puisque nous admettons le consentement tacite, il ne peut y avoir lieu à aucune publicité. Donc l'acquéreur n'aura jamais à prendre inscription. « Si on suppose même
« que la femme n'ait pas renoncé avant le jour du paiement, et qu'elle intervienne à la quittance en déclarant
« renoncer à son hypothèque ou en se portant garante ou

1. *Traité*, II, n° 1152.

« caution de la vente, il suffira, selon nous, que cette
« quittance soit authentique et mentionnée en marge
« de la transcription de l'acte d'aliénation, pour valoir à
« la fois, sans autre formalité, comme renonciation et
« comme subrogation » (1).

Le paragraphe cinquième de la loi de 1889 se termine
« ainsi : Mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux
« tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque lé-
« gale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à
« moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux pres-
« criptions du paragraphe 1^{er} du présent article ». Il
s'agit ici de l'article 9 de la loi de 1855 complété par la
loi de 1889.

Le législateur prévoit le cas où l'acquéreur subrogé se
trouve en conflit avec des subrogés postérieurs sur d'au-
tres immeubles du mari.

Dans un premier système, le texte serait absolument
inapplicable. Voici la situation : la femme, après avoir
subrogé l'acquéreur dans son hypothèque légale, subroge
des tiers dans la même hypothèque, mais sur d'autres
immeubles. Fractionnant son hypothèque légale, elle la
cède à l'un sur l'immeuble A, à l'autre sur l'immeuble B ;
elle donne à chaque subrogé pour garantie de sa créance
un immeuble spécial et distinct. « Il ne peut y avoir dans
« ce cas de conflit entre l'acquéreur bénéficiant d'une
« renonciation subrogative qui n'a d'effet qu'en tant que

1. Tissier. *Rev. crit.*, p. 653.

« l'hypothèque grève l'immeuble par lui acquis, et les
« cessionnaires de cette hypothèque sur d'autres immeu-
« bles. Par suite, il ne peut être question d'une publi-
« cité quelconque destinée à saisir cet acquéreur du droit
« à lui cédé à l'égard de personnes qui n'auront pas de
« droit sur le même objet » (1).

D'après M. Tissier, le texte de la loi serait sur ce point le résultat d'une confusion. Il avait été question d'exiger de l'acquéreur subrogé, la publicité à l'égard des cessionnaires que la femme pourrait plus tard investir de ses droits sur l'immeuble aliéné. Mais le rapporteur au Sénat aurait laissé de côté ce point de vue pour en indiquer un autre qui n'a aucune portée. Cette confusion ressort avec évidence de la comparaison entre l'article additionnel proposé par M. Lacombe et le texte adopté par la commission.

M. Lacombe émettait la proposition suivante : « Le
« concours de la femme et son consentement au paiement
« total ou partiel du prix emporte au profit de l'acqué-
« reur et à due concurrence, vis-à-vis des créanciers
« hypothécaires postérieurs, subrogation à l'hypothèque
« légale, mais seulement sur l'immeuble vendu et à
« charge par lui de se conformer aux prescriptions du
« paragraphe 1^{er} du présent article ». (2) M. Lacombe, dans la séance du 7 février 1888, faisait remarquer au

1. Tissier. *Rev. crit.*, p. 654.

2. *Journ. offic.* Sénat, 7 février 1888, p. 123.

Sénat que sa disposition additionnelle venait confirmer un état de choses qui existait à l'état de jurisprudence et de doctrine.

La rédaction nouvelle proposée par la Commission du Sénat qui a été adoptée et est devenue le texte promulgué dit : « mais cette subrogation ne pourra préjudicier
« aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypo-
« thèque légale de la femme sur d'autres immeubles du
« mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux
« prescriptions du paragraphe 1^{er} du présent article » (1).

Si on remarque, dit M. Tissier, qu'on a été d'accord dans la commission et au Sénat pour faire droit à la proposition Lacombe, il est clair qu'on a dit en définitive le contraire de ce qu'on voulait dire. On pourrait être tenté de corriger l'inexactitude de la loi de 1855. Mais il est impossible d'y songer. L'erreur n'est pas seulement dans la rédaction, elle existe aussi dans le rapport supplémentaire fait au Sénat ; elle est la suite, la conséquence des motifs qui y sont exposés par M. Merlin. D'après celui-ci, quand l'hypothèque légale grève d'autres immeubles du mari que l'immeuble vendu avec le concours de la femme, les tiers devront être avertis de la subrogation antérieurement consentie au droit de préférence sur le prix car « la créance que l'hypothèque gé-
« nérale était destinée à garantir se trouve réduite de la
« somme représentant le prix ou la portion du prix de

1. Rapport supplémentaire, Merlin. Sénat, 25 mai 1888, p. 10.

« l'immeuble vendu au paiement duquel elle (la femme) « a consenti... » Or le seul moyen d'avertir les tiers est d'accomplir les formalités de publicité prescrites « par le paragraphe premier de l'article 9 » (1).

M. Tissier relève dans ce passage du rapport de M. Merlin deux assertions erronées qui, pour lui, sont les causes de la confusion, de l'obscurité du texte de la loi. D'abord, il est inexact de dire « que les reprises de la « femme seront diminuées par le paiement fait au mari « de son consentement ». Il y a là diminution des sûretés de la dette, mais non pas diminution de la créance elle-même. Le créancier est toujours libre de renoncer aux accessoires de la dette, sans que pour cela la dette elle-même soit éteinte. Ensuite : « c'est une erreur de croire « que l'article 9 § 1 a pu avoir pour but de rendre pu- « blics les événements de nature à diminuer les reprises « de la femme. Cet article a eu en vue de déterminer le « rang respectif des cessionnaires successifs .. non de « leur permettre d'évaluer le chiffre de la créance de re- « prises ».

M. Tissier conclut que, d'une part, la renonciation subrogative au droit de préférence sur le prix n'a nul besoin d'être inscrite, quand l'extinction de l'hypothèque légale a été déjà rendue publique, et que, d'autre part, « le texte de la loi nouvelle n'a pas trait à notre hypo- « thèse et ne peut non plus recevoir d'application dans « celle qu'il prévoit ».

1. Rapport supplément., Merlin. Sénat, 25 mai 1888, p. 5, 6.

D'après une autre opinion, la disposition de la loi serait étrangère au cas où la femme aurait cédé à un tiers son hypothèque d'une manière spéciale sur certains autres immeubles. Le législateur aurait alors prévu le cas où la femme, après avoir subrogé l'acquéreur dans son hypothèque légale sur l'immeuble vendu, céderait à un tiers son hypothèque d'une manière générale ou cette même hypothèque spécialement tant sur l'immeuble vendu que sur d'autres immeubles.

Ce système est basé sur ce qu'il ne peut y avoir de conflit entre l'acquéreur subrogé et les cessionnaires postérieurs que si leur gage est le même. Si leur droit d'hypothèque porte sur des immeubles différents, ils ne peuvent se nuire mutuellement. Par conséquent, peu importe aux créanciers cessionnaires que l'acquéreur d'un immeuble sur lequel ils n'ont aucun droit se soit fait céder par la femme son droit de préférence sur le prix : n'ayant aucun intérêt à connaître cette cession, ils ne peuvent opposer le défaut de publicité. Il n'en est pas de même si les créanciers subrogés postérieurs ont, aux termes de la cession, des droits sur l'immeuble vendu ; alors, il y a intérêt pour eux à connaître la renonciation subrogative et elle doit être inscrite. C'est cette dernière hypothèse qu'aurait voulu prévoir la loi nouvelle.

On fait à ce système de graves objections. D'abord, il ne tient pas compte du texte même de la loi qui parle de subrogations « *sur d'autres immeubles du mari* » ; on n'est

donc pas fondé à prévoir le cas où la femme fait porter la cession consentie à des créanciers sur l'immeuble aliéné, alors qu'elle a déjà renoncé en faveur de l'acquéreur à son droit sur cet immeuble. En outre, en renonçant à son hypothèque, en faveur de l'acquéreur, elle a éteint son droit d'hypothèque puisque la loi dit que la renonciation vaut purge, pourvu que l'acquéreur transcrive. Il est évident que les cessionnaires postérieurs ne peuvent acquérir du chef de la femme des droits sur cet immeuble puisque ses droits sont éteints.

Nous repoussons donc cette deuxième opinion comme contraire au texte même de la loi.

Un troisième système (1) suppose le cas où l'acquéreur se fait subroger, pour supplément de garantie, sur d'autres immeubles. Ce n'est certainement pas l'hypothèse prévue par le législateur de 1889 puisqu'il parle de subrogation à l'hypothèque légale (au profit de l'acquéreur) mais seulement sur l'immeuble vendu. Il n'y a donc pas lieu de s'y arrêter.

D'après M. Wable (2), la disposition finale du paragraphe 5 de la loi de 1889 doit s'entendre de la manière suivante : « Dans le cas où l'hypothèque légale de la « femme frappe d'autres immeubles que l'immeuble « vendu, et lorsque la renonciation par la femme à son « hypothèque légale sur cet immeuble entraîne subroga-

1. D'après de Loynes, *op. cit.*, n° 1164.

2. Wable, *op. cit.*, n° 157.

« tion au droit de préférence au profit du tiers acquéreur,
« subrogation qui porte uniquement sur l'immeuble
« vendu, ce tiers acquéreur, pour pouvoir opposer cette
« subrogation aux cessionnaires ultérieurs de l'hypo-
« thèque légale sur les autres immeubles du mari, sera
« tenu de faire inscrire sur tous ces immeubles la subro-
« gation opérée à son profit ».

Résumons l'exemple qu'il donne : Une femme apporte en dot 100.000 francs, son mari vend un immeuble A pour 50.000 francs, la femme renonce au profit de l'acquéreur au droit de suite et au droit de préférence : c'est une renonciation translatrice. Du jour du contrat de subrogation jusqu'à la réalisation, la femme perd le rang et l'utilité de son hypothèque légale pour une part de ses reprises correspondant à la créance subrogée (50.000 francs), et pour que le tiers acquéreur puisse faire valoir la subrogation, la femme s'interdit d'aliéner son droit qui devient en quelque sorte indisponible, pour la part de ses créances correspondant au prix de l'immeuble vendu. Plus tard, elle subroge un tiers sur les autres immeubles. Comment ce tiers saura-t-il que la femme ne peut plus disposer de son hypothèque légale que pour 50.000 francs ? S'il se croit subrogé pour 100.000 francs, il éprouvera peut-être un préjudice.

C'est contre ce préjudice et les fraudes qui pourraient le causer et le faciliter que le législateur a voulu prémunir le tiers cessionnaire en édictant la formalité de l'inscrip-

tion (1). D'après ce système, ainsi que M. Wable le constate lui-même, la loi de 1889 présente au point de vue pratique de sérieuses difficultés.

D'abord, l'acquéreur doit prendre inscription sur tous les autres immeubles du mari. Mais comment les connaîtra-t-il et comment saura-t-il si le mari en achète de nouveaux ?

Ensuite, l'inscription devant être requise dans tous les arrondissements où sont situés ces immeubles, il en résulte des frais assez élevés et la nécessité du renouvellement décennal s'impose.

M. Wable suppose que la femme cède au tiers son hypothèque générale sur tous les immeubles du mari, même sur l'immeuble vendu, et il reproche au législateur de n'avoir pas prévu cette hypothèse. Mais en subrogeant à son hypothèque, la femme cède un droit réel. Or, nous l'avons déjà dit, par l'effet de la renonciation de la femme au profit de l'acquéreur, ce droit réel est éteint et cette renonciation est devenue opposable aux tiers par la transcription. Le droit de préférence qui survit n'est pas un droit réel : il n'est donc pas compris dans la subrogation à l'hypothèque légale.

On a dit que l'interprétation, d'après laquelle le législateur aurait voulu prémunir les créanciers subrogés postérieurs contre la perte du rang à laquelle les exposerait l'exercice, par l'acquéreur, du droit de préférence de la femme, serait dépourvue de sanction.

1. Wable, *op. cit.*, p. 185.

Les subrogés postérieurs à l'hypothèque légale peuvent bien en théorie, d'après la loi de 1889, se prévaloir du défaut de publicité de l'acquéreur, mais en pratique ils ne le pourront pas. Ils sont inscrits sur les autres immeubles, mais pas sur l'immeuble vendu. Par suite, leur nom ne figurera pas sur l'état des créanciers inscrits sur l'immeuble vendu, état délivré par le conservateur des hypothèques. Ils ne seront donc pas sommés de produire à l'ordre.

On a prétendu que le droit des créanciers subrogés à l'hypothèque légale portant sur des immeubles différents, il ne peut y avoir de conflit entre eux et l'acquéreur : il n'y a donc pas lieu de chercher à fixer le droit de préférence.

Cette théorie n'est pas exacte. S'il n'y a pas de conflit quant aux immeubles sur lesquels s'exerce le droit, il y a conflit quant à l'exercice même du droit. C'est la même hypothèque légale que les créanciers subrogés et l'acquéreur viennent invoquer. Pour pouvoir y prétendre, il faut que la femme ait une créance de reprises contre son mari, or, cette créance de la femme s'éteint par le paiement. L'efficacité de cette hypothèse dépend donc du chiffre de la créance de la femme. Tous les créanciers subrogés, bien qu'ils se trouvent chacun à son rang différent, ont le droit de se prévaloir de l'hypothèque légale jusqu'à concurrence de leur créance. Celui qui exerce son droit éteint le droit de la femme jusqu'à concurrence du montant de sa collocation. Il est donc important de

déterminer l'ordre dans lequel l'acquéreur et les subrogés postérieurs seront admis à exercer l'hypothèque légale. C'est ce conflit que le législateur de 1889 aurait voulu prévoir, C'est cette éventualité qui a été envisagée par M. Merlin dans ce passage de son rapport au Sénat : « Elle (la femme) ne peut, sans tromper le tiers avec lequel elle traitera, lui céder qu'une garantie correspondant à ce qui lui reste effectivement dû sur sa créance » (1).

Il ne faudrait pas interpréter ce passage du rapport de M. Merlin en ce sens que l'hypothèque légale de la femme en elle-même serait diminuée. Le droit reste entier, mais son exercice dépend de l'existence d'une créance et par conséquent du montant et de la date des créances de reprise.

La loi de 1889 est venue résoudre cette difficulté en imposant à l'acquéreur l'obligation d'inscrire et, à partir seulement de cette inscription, la subrogation qui lui a été consentie devient opposable aux tiers subrogés sur d'autres immeubles ; l'ordre entre eux se trouve déterminé par la date de publicité.

Telle est la théorie exposée par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes dans leur « Traité de droit civil » et c'est celle qui nous semble le mieux entrer dans les vues du législateur de 1889.

1. Rapport supplémentaire Merlin. Sénat, 25 mai 1888, p. 5.

Capacité de la femme au point de vue de la renonciation à son hypothèque légale.

La renonciation à l'hypothèque légale est un acte de disposition, acte qui peut avoir une grande importance pour le patrimoine de la femme. On doit donc exiger qu'elle soit majeure. En outre elle ne peut se passer de l'autorisation de son mari.

Dans la plupart des cas, cette autorisation ne sera pas pour la femme une protection bien sérieuse, le mari ayant très souvent un intérêt contraire, mais le principe est général, de plus il n'est pas fondé sur la faiblesse de la femme et la nécessité de la protéger.

Il est évident que si, d'après le contrat, la dot est inaliénable, on ne saurait autoriser la femme à renoncer aux garanties qui lui assurent la restitution de la dot. On ne peut permettre de faire indirectement ce qu'il est interdit de faire directement.

En résumé, dans les régimes qui permettent à la femme l'aliénation de sa dot, celle-ci peut renoncer à son hypothèque légale avec l'autorisation maritale.

La jurisprudence a reconnu ce droit, mais en spécifiant toutefois que la femme ne peut renoncer à la totalité de son hypothèque légale. La renonciation partielle a été admise par un arrêt de la cour de Nîmes du 5 août

1862 (1). La cour de cassation en déclarant que la femme ne peut renoncer d'une manière générale à son hypothèque est venue reconnaître son droit de renonciation partielle (2).

Sous le régime dotal, il est en principe impossible à la femme de renoncer à son hypothèque, car, d'après la jurisprudence, ce serait lui permettre d'aliéner sa dot mobilière : « Le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, qui ne porte aucune atteinte au pouvoir conféré au mari de disposer de cette dot (sauf les restrictions du contrat de mariage) n'a d'autre effet à l'égard de la femme que de lui interdire la faculté de s'obliger personnellement sur sa dot, d'aliéner ses reprises envers son mari et de renoncer à son hypothèque légale ou à toute autre garantie stipulée par son contrat de mariage pour la conservation de sa dot » (3).

Toutefois en vertu du principe de la liberté des conventions matrimoniales, la femme peut être autorisée à renoncer à son hypothèque légale, mais la jurisprudence se montre très sévère sur l'interprétation de ces clauses.

Si le contrat de mariage permet à la femme d'aliéner ses immeubles, on peut penser qu'il lui est loisible d'aliéner sa dot mobilière, le législateur s'étant toujours appliqué à protéger de préférence la propriété des immeubles.

1. Sirey, 1862. 2. 402.

2. Sirey, 1879. 1. 49.

3. Sirey, 1874. 1. 160. Cassation, 13 janvier 1874.

Presque tous les auteurs sont de cet avis. La jurisprudence cependant est en sens contraire et son avis est partagé par MM. Aubry et Rau. « La faculté que les époux
« se seraient réservée d'aliéner librement, d'hypothéquer
« ou d'engager les biens dotaux, n'emporte pour la
« femme ni la faculté de céder ses reprises, ni même
« celle de subroger à son hypothèque légale » (1).

« Il faudrait pour en admettre la réserve une
« clause spécial et formelle (2).

« La femme dotale, d'après la jurisprudence, ne peut
« ni subroger à son hypothèque légale, ni y renoncer,
« ni céder la priorité de son droit hypothécaire. Au-
« jourd'hui, même sur ce terrain, on doit considérer que
« la lutte n'est plus possible comme le prouve le nombre
« des arrêts que nous citons et qui ont prohibé sous
« toutes ses formes la subrogation, la renonciation ou la
« cession de priorité de l'hypothèque légale » (3).

Aux termes des articles 1555, 1556, 1558 du Code civil, la dot devient aliénable dans certaines circonstances. Ce sont autant d'exceptions à la règle de l'inaliénabilité du bien dotal. Il s'agit de remplir des devoirs de famille. Certains auteurs soutiennent que dans ces hypothèses, il est permis d'hypothéquer l'immeuble dotal.

1. Aubry et Rau, V. *op. cit.* § 575.¹

2. Aubry et Rau, V. *op. cit.* § 537, note 65.

3. Guillouard. Contrat de mariage, IV, n° 2064. M. Guillouard cite dix-neuf arrêts de la Cour de Cassation et des Cours de Paris, Poitiers, Agen, Caen, Grenoble, rendus de 1810 à 1883.

Alors, puisque dans ces hypothèses, la femme peut aliéner ou hypothéquer, peut-on lui refuser le droit de renoncer à son hypothèque ? Par exemple, si le père donne un de ses immeubles en dot à sa fille, la mère ne peut-elle renoncer à son hypothèque légale ? ou bien si le père vend un immeuble pour la même cause, la mère ne peut-elle faire une renonciation ?

La jurisprudence (1) se montre très large dans ces hypothèses : « Le pouvoir conféré à la femme par l'article « 1556 du Code civil de *donner* ses biens dotaux pour « l'établissement de ses enfants, peut s'exercer par tous « les moyens directs ou indirects qui tendent à procurer « ou faciliter cet établissement..... »

D'après M. Troplong « l'expression donner, employée « par le législateur n'est pas restrictive quant au moyen « employé par la femme pour faciliter l'établissement de « ses enfants.... »

Nous avons vu plus haut que la jurisprudence ne voulait pas admettre la renonciation et cependant elle admet la perte de l'hypothèque légale par la purge.

Après avoir dit que la femme ne pouvait faire indirectement ce qu'il lui était interdit de faire directement, après avoir déclaré formellement que la dot mobilière était inaliénable, la jurisprudence, renversant tout son système, admet que l'hypothèque légale des femmes mariées, même sous le régime dotal, hypothèque qui garan-

1. Cassation, 1^{er} avril 1845. Dalloz, 1845. 4. 197.

tit leurs reprises mobilières déclarées inaliénables peut être éteinte par la purge.

Cette jurisprudence s'appuie sur l'article 21 de la loi du 10 juin 1853 qui autorise le Crédit Foncier, quoique non propriétaire, à éteindre par la purge les hypothèques grevant l'immeuble qui lui est affecté à titre de gage « sous quelque régime que le mariage ait été contracté ».

La question tranchée par jugement du tribunal de Versailles du 13 août 1872 a été l'objet d'un arrêt de la Cour de Paris du 7 juillet 1874 et enfin d'un arrêt de cassation du 8 février 1876.

Le tribunal de Versailles s'appuie sur l'article 2193 qui, dans la généralité de ses termes, doit s'appliquer à tous les régimes matrimoniaux et sur l'article 21 précité de la loi du 10 juin 1853.

La Cour de cassation dit nettement que la purge est possible « sous quelque régime qu'elle (la femme) ait contracté mariage et, par conséquent, même sous le régime dotal » (1).

M. Lyon-Caen reconnaît qu'un raisonnement rigoureux devrait empêcher d'admettre la purge à l'égard des immeubles grevés de l'hypothèque légale d'une femme dotale, mais alors, « contrairement au but du législateur, la circulation des immeubles du mari, d'une femme dotale serait entravée » (2).¹

1. Sirey, 1876. 4. 343.

2. Note sous l'arrêt précité.

Cette sorte de dérogation au principe de l'inaliénabilité doit se produire toutes les fois que la loi, dans un but d'intérêt général ou de sécurité pour certaines personnes, impose l'accomplissement de certaines formalités dans un délai déterminé. Cette déchéance doit pouvoir frapper la femme dotale comme toute autre personne, autrement le but du législateur ne serait pas atteint.

Une dérogation analogue peut se produire par application de l'article 728 du Code de procédure civile en cas de saisie-immobilière : « Les moyens de nullité tant « en la forme qu'au fond, contre la procédure qui précède la publication du cahier des charges devront être « proposés à peine de déchéance trois jours au plus tard « avant cette publication ». Si donc les immeubles dotaux sont saisis et que, dans le délai fixé par l'article 728 du Code de procédure civile, la nullité de la saisie ne soit pas réclamée, ils seront valablement saisis et vendus judiciairement sans que leur insaisissabilité puisse être invoquée.

Ainsi donc l'acquéreur qui ne pourrait demander à la femme une renonciation nulle, puisqu'elle ne peut aliéner sa dot mobilière, lui fera simplement promettre de ne pas s'inscrire sur sa procédure de purge. Il est vrai qu'elle pourrait très bien manquer à sa promesse, mais si elle la tient seulement pendant les délais de la purge, l'acquéreur n'aura plus rien à redouter.

L'inaliénabilité peut exister en dehors du régime dotal en vertu du principe de la liberté des conventions ma-

trimoniales. Ainsi les futurs époux pourraient « déclarer « inaliénables les immeubles de la femme, et cette « clause serait efficace à l'égard des tiers, indépendamment de toute déclaration expresse de soumission au « régime dotal (1). »

La jurisprudence est dans ce sens. La Cour de cassation (2), chambre des requêtes, a décidé que : 1° Les époux, quel que soit leur régime matrimonial, ont la faculté de stipuler que la dot mobilière ou immobilière sera inaliénable, ou ne pourra être aliénée que sous certaines conditions, une telle clause, qui n'a rien de contraire à la loi, imprime à la dot un véritable caractère d'inaliénabilité avec les effets réglés pour le régime dotal.

2°) Quand une dot mobilière est rapportée à la succession du constituant, le capital reçu en remplacement sur les autres valeurs successorales se trouve frappé de dotalité.

La dot mobilière est inaliénable en ce sens seulement que la femme ne peut renoncer soit à son recours contre le mari, soit à l'hypothèque légale attachée à ce recours. Mais, après la séparation de biens, la dot mobilière reste absolument inaliénable pour la femme qui en reprend la libre administration, sans pouvoir s'obliger sur le capital dotal ni l'aliéner. En consé-

1. Aubry et Rau, V, § 504.

2. Arrêt du 3 février 1879. Sirey, 1879. 1. 353.

quence, la femme ne peut valablement céder, même avec le consentement de son mari, une partie de sa créance dotale.

Le conseiller rapporteur, invoquait en ce sens les considérations suivantes. Avant la séparation de biens, le mari, en vertu de ses pouvoirs d'administrateur, peut aliéner les meubles dotaux parce que de pareils actes de disposition ne préjudicient pas à la dot ; au meuble aliéné vient se substituer une créance contre le mari, créance garantie par l'hypothèque légale. Après la séparation, la femme, bien qu'investie de l'administration de ses biens, ne peut aliéner ses meubles dotaux parce qu'alors l'acte de disposition de la femme compromet immédiatement la dot. Le mari cesse d'être responsable ; la femme n'a plus d'action en restitution, plus de créance contre lui. La dot est entamée sans qu'aucun bien vienne remplacer la valeur du patrimoine.

Cet arrêt nous montre non seulement que l'inaliénabilité peut exister en dehors du régime dotal, mais encore que la séparation de biens ne fait qu'augmenter cette inaliénabilité, alors qu'en principe elle a pour effet d'augmenter la capacité de la femme.

MM. Aubry et Rau partagent l'opinion de la jurisprudence. Ils en contestent le point de départ, mais ils en reconnaissent l'utilité « sous le rapport des exigences « pratiques » (1).

1. Aubry et Rau, V. § 537 et note 6.

La solution serait la même, dans le cas où, sous le régime de communauté, les époux auraient spécifié la clause d'apport franc et quitte. Toutefois cette clause doit être rédigée assez clairement pour « que les tiers « puissent voir qu'elle est dirigée contre eux et qu'elle « renferme une adoption partielle du régime dotal, alors, « mais alors seulement, elle leur serait opposable » (1).

1. Guillouard, *Contrat de mariage*, III. 1606.

CHAPITRE III

DE QUELQUES AUTRES MODES D'EXTINCTION

Purge de l'hypothèque légale.

Le tiers acquéreur d'un immeuble du mari peut libérer son immeuble de l'hypothèque légale de la femme au moyen de la purge. Il doit alors se soumettre aux formalités prescrites par l'article 2194 du Code civil pour les hypothèques non inscrites.

Cependant, certains actes rendent cette procédure inutile. Tels sont les jugements d'adjudication sur saisie immobilière, les jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique, ou les cessions amiables consenties par les propriétaires de terrains soumis à l'expropriation, enfin la renonciation à son hypothèque légale, consentie par la femme au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari, dans les conditions prescrites à cet effet par la nouvelle loi du 13 février 1889.

Les droits de la femme sont alors convertis en une action sur le prix ou sur l'indemnité.

Les formalités ordonnées par l'article 2194 du Code civil obligent l'acquéreur :

1° A déposer copie dûment collationnée du contrat translatif de propriété au greffe du tribunal civil du lieu de la situation des biens ;

2° A certifier ce dépôt, par acte signifié tant à la femme qu'au procureur de la République ;

3° A faire un extrait de ce contrat contenant sa date, les noms, prénoms, professions et domiciles des contractants, la désignation de la nature et de la situation des biens, le prix et les autres charges de la vente, lequel extrait sera et restera affiché pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal.

On peut élever des critiques très sérieuses contre le mode de purger les hypothèques occultes organisé par la loi. Il occasionne des lenteurs et des frais considérables sans remplir le but du législateur. « En effet, d'une part, « le dépôt au greffe, l'affiche et l'exposition du contrat, « portent très rarement l'aliénation de l'immeuble à la « connaissance des parties intéressées et, d'autre part, la « signification à faire à la femme et au procureur de la « République est également insuffisante pour protéger « les intérêts des incapables. Une réforme nous paraît « donc désirable et, pour la mener à bonne fin, il suffi- « rait de prendre pour modèle les formalités édictées par « la loi du 10 juin 1853 et relatives à la purge des hypo- « thèques légales instituées en faveur des Sociétés de « Crédit foncier (1). »

1. Dalmbert, p. 283, *op. cit.*

La femme a deux mois pour prendre inscription et pour surenchérir. Ce délai court du jour de l'affichage de l'extrait d'acte d'acquisition. Ces deux droits de prendre inscription et de surenchérir se confondent au point de vue du délai, d'après la majorité des auteurs et les solutions les plus nombreuses des tribunaux.

L'opinion contraire est soutenue : la femme, dit-on, rentre dans le droit commun en prenant inscription. Dès lors, l'acquéreur doit, pour purger, remplir les formalités prescrites par les articles 2183 et suivants. La femme aurait alors un délai de quarante jours pour surenchérir, indépendamment du délai de deux mois pour s'inscrire (1).

Nous pensons devoir adopter la première solution en nous appuyant sur ce que la loi trace, dans deux chapitres séparés, les formalités à remplir pour la purge des hypothèques : l'un traite des hypothèques ordinaires soumises à l'inscription ; l'autre s'occupe spécialement des hypothèques légales occultes. Ces deux procédures n'ont rien de commun et « la loi n'ayant pas fixé, pour les « créanciers à hypothèque légale auxquels le tiers acqué-
« reur n'a point à faire la notification prescrite par l'ar-
« ticle 2183, le délai dans lequel ils sont admis à requé-
« rir la mise aux enchères, on doit en conclure que ce

1. Duranton, XX, 423. — Caen, 28 août 1811 et 12 avril 1826 : Sir. 27. 2. 107. — Orléans, 17 juillet 1829 : Sir. 29. 2. 217. — Limoges, 9 avril 1845 : Sir. 45. 2. 577.

« délai se confond avec celui de deux mois qui leur est accordé pour prendre inscription » (1).

Dans ces conditions, deux hypothèses peuvent se présenter : la femme ne prend pas inscription dans les deux mois, ou, au contraire, elle se conforme aux prescriptions de l'article 2195.

Dans le premier cas, l'immeuble passe à l'acquéreur sans aucune charge, à raison des dot, reprises et conventions matrimoniales de la femme, sauf son recours contre le mari, s'il y a lieu. Le droit de suite est perdu ; la femme ne peut ni provoquer une surenchère, ni demander le délaissement.

Est-elle aussi déchue du droit sur le prix et si le prix n'est ni payé ni distribué, ni délégué, peut-elle, même non inscrite, demander à être payée à son rang ?

Avant la loi de 1858, qui a modifié le Code de procédure, la question était très controversée. La majorité des auteurs se prononçait en faveur de la femme. La Cour de cassation déclarait au contraire que la femme, en perdant son droit sur l'immeuble, perdait également son droit sur le prix. Son dernier arrêt date de 1852 et a été rendu toutes chambres réunies.

La loi de 1858 est venue trancher la question. Elle décide que la femme, malgré la perte du droit de suite, peut encore conserver, sous certaines conditions, son droit de préférence sur le prix. L'article 717 nouveau du

1. Aubry et Rau, III, p. 540, n. 14. *op. cit.*

Code de procédure décide, en son dernier paragraphe, que « les créanciers à hypothèque légale, qui n'ont pas « fait inscrire leur hypothèque avant la transcription du « jugement d'adjudication, ne conservent le droit de « préférence sur le prix qu'à la condition de produire « avant l'expiration du délai fixé par l'article 754, dans « le cas où l'ordre se règle judiciairement et de faire « valoir leurs droits avant la clôture, si l'ordre se règle « amiablement, conformément aux articles 751 et 752 ». Et l'article 772, relatif à la vente volontaire, dit : « Les « créanciers à hypothèques légales qui n'ont pas fait « inscrire leur hypothèque dans le délai fixé par l'article 2195 du Code Napoléon ne peuvent exercer de « droit de préférence sur le prix qu'autant qu'un ordre « est ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration « de ce délai et sous les conditions déterminées par la « dernière disposition de l'article 717. »

Une fois l'ordre ouvert dans les délais, les créanciers à hypothèques légales peuvent y produire : si l'ordre est judiciaire, tant que les créanciers inscrits le peuvent, et, si l'ordre est amiable, jusqu'à la clôture.

Dans le second cas, c'est-à-dire, si l'hypothèque a été inscrite : « L'inscription prise par la femme remonte à la « date du contrat de mariage » (C. c., 2195). Nous savons que cette expression n'est pas exacte et que l'hypothèque légale de la femme peut remonter à des dates différentes.

Il peut arriver que cette hypothèque légale soit primée

par d'autres hypothèques, alors, les créanciers préférables seront payés avant la femme, et les inscriptions de cette dernière seront rayées ou détruites. Si, au contraire, la femme est préférable, l'article 2193 dispose que « l'acquéreur ne pourra faire aucun paiement du prix au préjudice des dites inscriptions ».

Purge particulière au Crédit foncier.

Les législateurs du Code civil n'avaient indiqué nulle part, formellement, ceux auxquels ils accordaient la faculté de purger, mais de l'examen des divers articles (1) où il est question « du tiers détenteur », « du nouveau propriétaire », « de l'acquéreur ou du donataire », « des acquéreurs », on pouvait conclure que, pour purger, il fallait, entre autres conditions, être acquéreur de l'immeuble hypothéqué.

Les textes ne permettaient pas d'accorder cette faveur aux prêteurs de deniers et la circulation des capitaux éprouvait de ce fait une entrave. Les Sociétés de Crédit foncier, créées pour favoriser les emprunts des propriétaires d'immeubles, devaient être plus efficacement protégées. En conséquence, il fut établi que leurs créances primeraient toutes autres hypothèques, même légales,

1. C. c., 2181. 2183. 2184. 2185. 2186. 2187. 2188. 2189. 2192. 2193 à 2195.

et que, dans aucun cas, la valeur du prêt n'excéderait la moitié de la valeur de la propriété.

Le décret organique du 28 février 1852 avait déclaré la purge obligatoire pour les Sociétés de Crédit foncier et l'avait organisée. Cette purge spéciale s'appliquait aux hypothèques légales occultes, aux privilèges non inscrits et aux actions résolutoires ou rescisoires. La loi du 10 juin 1853 est venue modifier le décret en établissant une distinction entre les hypothèques légales connues et les hypothèques légales inconnues et en rendant la purge facultative.

S'il s'agit d'hypothèques légales connues, c'est-à-dire constatées par la déclaration de l'emprunteur, l'examen des titres ou de toute autre manière, il faut faire à la femme et au mari la signification d'un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque au profit de la Société (art. 19). Cet extrait contient, sous peine de nullité, la date du contrat, les nom, prénoms, profession et domicile de l'emprunteur, la désignation de la situation de l'immeuble ainsi que la mention du montant du prêt. En outre, le créancier hypothécaire y est averti que, pour conserver vis-à-vis de la Société de Crédit foncier, le rang de l'hypothèque légale, il est nécessaire de la faire inscrire dans les quinze jours, à partir de la signification, outre les délais de distance (art. 20). La signification doit être remise à la personne de la femme si l'emprunteur est son mari (art. 21). Des exceptions sont établies, sous certaines conditions, si la femme a été présente au contrat. Si la

femme n'a pas été présente au contrat ou n'a pas reçu l'avertissement du notaire, et si la signification n'a été faite qu'à domicile, les formalités nécessaires pour la purge des hypothèques légales inconnues doivent en outre être remplies (art. 22).

L'article 24 indique les formalités à remplir dans le cas d'hypothèques légales inconnues. « L'extrait de l'acte
« constitutif d'hypothèque doit être notifié au procureur
« (de la République) près le tribunal de l'arrondissement
« dans lequel l'immeuble est situé. Cet extrait doit être
« inséré avec la mention des significations faites dans
« l'un des journaux d'annonces judiciaires..... L'inscrip-
« tion doit être prise dans les quarante jours de son
« insertion. »

La purge est opérée par le défaut d'inscription dans les délais ; elle confère au Crédit foncier la priorité sur les hypothèques légales. Cette purge ne profite pas aux tiers (art. 25).

Tel est, en résumé, le système organisé par la loi de 1853. Nous y trouvons une supériorité incontestable sur la procédure du Code civil en matière de purge : les frais sont moins grands et les intérêts des femmes mariées y sont vraiment sauvegardés.

Compensation.

La femme qui subroge un créancier dans son hypothèque ne lui confère qu'un droit éventuel. Donc, si la

créance des reprises de la femme se trouve éteinte par la compensation qui a lieu de plein droit, indépendamment de la volonté de la femme, et par cela seul que les deux dettes sont liquides et exigibles, le créancier subrogé verra l'hypothèque légale disparaître avec la créance en reprises de la femme.

Novation.

L'hypothèque légale de la femme peut encore s'éteindre au préjudice des héritiers par suite de la liquidation et du règlement, même simplement fictif, de ses droits et reprises. Ce fait se produira, si le mari étant usufruitier de la fortune de sa femme, en vertu du contrat de mariage ou d'un testament, les héritiers de la femme laissent entre ses mains, après décompte et liquidation, le montant des reprises de la femme. La situation est la même que si les héritiers, après avoir reçu le paiement des reprises de la femme avaient remis cette somme au mari pour en jouir comme usufruitier.

Il faut bien remarquer que cet effet est produit par la liquidation, il n'y aurait donc pas extinction de l'hypothèque légale si le mari, en vertu de l'acte de la femme lui conférant l'usufruit, se trouvait en possession sans avoir à demander la délivrance aux héritiers (1).

1. Aubry et Rau, p. 247, *op. cit.* — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. II, p. 96.

Faillite.

La faillite du mari peut encore exercer une influence sur l'hypothèque légale de la femme et réduire les droits de cette dernière. Toutefois, ces restrictions ne sont applicables que dans le cas où le mari était déjà commerçant au moment du mariage ou quand il l'est devenu dans l'année, s'il n'avait pas, à l'époque du mariage, de profession déterminée.

Première restriction. — L'hypothèque ne frappe que les immeubles appartenant au mari, au moment du mariage et ceux qui lui sont arrivés par succession, donation ou legs. Elle ne frappe pas les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage. La faillite produit donc extinction en ce qui concerne les immeubles rentrant dans cette dernière catégorie.

Mais qu'arrivera-t-il lorsque le mari agissant seul et en son nom personnel, se sera rendu acquéreur d'une portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à sa femme (1) ?

En ce cas, la communauté devient propriétaire sous condition résolutoire. La femme peut ou laisser au compte de la communauté l'acquisition faite par son mari ou la prendre à son propre compte en exerçant le retrait d'indivision.

1. C. C., art. 1408.

Dans la première hypothèse, l'immeuble est un conquêt que ne pourra atteindre l'hypothèque légale de la femme. Si, au contraire, cette dernière exerce le retrait d'indivision, les créanciers auront droit au prix qu'elle devra rembourser à la communauté et l'immeuble ou la portion d'immeuble ainsi retiré constituera pour elle un véritable propre.

Deuxième restriction. — L'hypothèque légale ne garantit pas les conventions matrimoniales et encore moins les libéralités qui auraient été faites à la femme par son mari durant le mariage. Ces dernières sont, du reste, révocables et elles paraissent toujours suspectes bien plus encore que celles qui résultent du contrat de mariage.

En terminant ici notre étude des divers modes d'extinction propre à l'hypothèque légale de la femme mariée, nous ne pouvons nous dispenser de faire remarquer qu'il subsiste dans la loi de 1889 des points vagues qui nuisent à la clarté de l'interprétation. On peut reprocher au législateur d'avoir voulu enfermer dans des limites trop étroites le pouvoir d'interprétation du juge, d'avoir réglementé dans des détails trop minutieux la renonciation et d'avoir compliqué ainsi davantage une matière déjà très délicate. D'autre part, on a négligé de maintenir une parfaite homogénéité entre les deux parties de cette loi si importante, et on a oublié parfois de réduire autant que possible les formalités et les frais. A ce point de vue, le système de la purge du Crédit foncier, a réalisé un progrès

considérable tout en sauvegardant pleinement les intérêts des incapables.

Néanmoins, hâtons-nous de l'ajouter, la loi du 13 février 1889 complétant l'article 9 de la loi de 1855 a suppléé heureusement au silence du Code civil et éteint bien des sources de procès. Désormais, les tiers sont rassurés, les intérêts de la femme jouissent toujours d'une protection efficace et des formalités longues et coûteuses sont notablement simplifiées.

VU :

Le professeur, président de la thèse,

J. LAISNÉ DES HAYES.

VU :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Université de Caen,

E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PREMIER. — De la restriction et de la réduction.	9
<i>Section</i> 1. De la restriction.....	9
— 2. De la réduction.....	12
CHAPITRE II. — De la subrogation.....	19
<i>Section</i> 1. Généralités.....	19
— 2. De la cession.....	24
— 3. De la renonciation.....	29
— 4. Publicité de la cession.....	43
— 5. Loi du 13 février 1889.....	56
— 6. De la renonciation tacite.....	66
— 7. Publicité exigée par la loi de 1889.....	72
— 8. Effets de la renonciation de la femme d'après la loi de 1889.....	79
— 9. Capacité de la femme au point de vue de la renonciation.....	107
CHAPITRE III. — De quelques autres modes d'extinction..	116
<i>Section</i> 1. Purge de l'hypothèque légale.....	116
— 2. Purge particulière au Crédit foncier.....	124
— 3. De la compensation.....	123
— 4. De la novation.....	124
— 5. De la faillite.....	125

v

